

**Die Befugnisse des Bundes
auf dem Gebiet des Kartellwesens
(BV 31 bis III d)**

DISSERTATION

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte**

vorgelegt von

HEINZ KUNDERT

von Bischofszell TG und Mitlödi GL

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Nef

Juris-Verlag, Zürich

1954



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die Befugnisse des Bundes auf dem Gebiet des Kartellwesens (BV 31 bis III d)

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich zur Erlangung der
Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HEINZ KUNDERT

von Bischofszell TG und Mitlödi GL

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Nef

Juris-Verlag, Zürich

1954

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 2. Mai 1953.

Der Dekan:
Prof. Dr. W. Bickel



INHALTSVERZEICHNIS

Motto	11
Einleitung	12
I. Kapitel: Das Wesen der Kartelle und ähnlicher Organisationen	20
§ 1 <i>Der Kartellbegriff</i>	20
I. Die gegensätzlichen Marktzustände der freien Konkurrenz und des Monopols	20
II. Die Kartelle als monopolistische Organisationen	22
III. Der Gegenstand der Kartellbindung	29
IV. Die Form der Kartellbindung	36
V. Sekundäre Kartellvereinbarungen (der äussere Organisationszwang)	40
VI. Zwangskartelle	47
§ 2 <i>Kartellähnliche Organisationen</i>	52
I. Der monopolistische Charakter der kartellähnlichen Organisationen	52
II. Kartellähnliche Organisationen ohne rechtliche Bindung der Mitglieder: Kartelloide	56
III. Kartellähnliche Organisationen mit absoluter Bindung der angeschlossenen Unternehmungen: Trusts	57
IV. Ringe	63
II. Kapitel: § 3 <i>Die faktische Bedeutung der Kartelle und ähnlicher Organisationen</i>	64
I. Vor- und Nachteile der Kartelle und ähnlicher Organisationen	64
II. Die faktischen Grundlagen und Grenzen der Kartelle und ähnlicher Organisationen	67
III. Kapitel: Die Kartelle und ähnlichen Organisationen unter dem Schutze der Handels- und Gewerbefreiheit	71
§ 4 <i>Das Wesen der Handels- und Gewerbefreiheit</i>	71
I. Die Vereinbarkeit der privaten organisatorischen Monopolbildung mit der Handels- und Gewerbefreiheit	71

II. Der Schutz der Kartelle und ähnlicher Organisationen durch die Handels- und Gewerbefreiheit	78
III. Das Verhältnis zwischen der Handels- und Gewerbefreiheit und den Kartellen und ähnlichen Organisationen einerseits und der Vereinsfreiheit anderseits	88
§ 5 <i>Die mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbaren Schranken für Kartelle und ähnliche Organisationen</i>	90
A) Zivilrechtliche Schranken	90
I. Das Verhältnis zwischen der Handels- und Gewerbefreiheit und dem Zivilrecht im allgemeinen	90
II. Zivilrechtliche Schranken für die primären Kartellvereinbarungen	92
III. Zivilrechtliche Schranken für die sekundären Kartellvereinbarungen, den Monopolkampf	95
IV. Wirkung und Ausbau der zivilrechtlichen Schranken für Kartelle und ähnliche Organisationen unter Aufrechterhaltung der Handels- und Gewerbefreiheit	98
B) Öffentlich-rechtliche Schranken	102
I. Höchstpreisvorschriften	102
II. Das Kartellregister	104
III. Monopolsteuern	108
IV. Aussenseitersubventionen	112
V. Die Konkurrenzierung durch Staatsbetriebe	115
VI. Submissionsvorschriften	117
VII. Abbau des Staatsprotektionismus	118
IV. Kapitel: Vorschriften über Kartelle und ähnliche Organisationen in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit	121
§ 6 <i>Allgemeine Voraussetzungen für ein Abweichen von der Handels- und Gewerbefreiheit auf Grund von BV 31 bis III</i>	121
A) Voraussetzungen materieller Natur	121
I. Die Voraussetzung der grundsätzlichen Gültigkeit der Handels- und Gewerbefreiheit	121
II. Das Gesamtinteresse	122
III. Das Abweichen vom Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit als ultima ratio	125
B) Voraussetzungen formeller Natur	126
I. Der Vorbehalt des Gesetzes und des Rechtssatzes im allgemeinen	126

II. Formelle Voraussetzungen für die Kartellgesetzgebung im besonderen	129
III. Der Rechtsschutz	132
§ 7 <i>Besondere Voraussetzungen für ein Abweichen von der Handels- und Gewerbefreiheit auf Grund der Kartell- bestimmung</i>	137
I. Die grundsätzliche Anerkennung von Kartellen und ähnlichen Organisationen	137
II. Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organi- sationen	140
III. Volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswir- kungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen .	143
§ 8 <i>Einzelne Massnahmen zur Bekämpfung privatmonopolisti- scher Missbräuche in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit</i>	151
I. Verstaatlichung und Konkurrenzierung durch Staats- betriebe	151
II. Preisvorschriften	153
III. Das Kartellregister	155
IV. Monopolsteuern und Aussenseitersubventionen	158
V. Die Aufhebung des privaten Organisationszwanges .	160
a) Durch das Zivilrecht	160
b) Durch das öffentliche Recht	166

LITERATURVERZEICHNIS

Die im Literaturverzeichnis angeführten Autoren werden mit ihren Namen zitiert; bei den mit mehreren Werken vertretenen Verfassern erfolgt zudem die Angabe eines im nachstehenden Verzeichnis jeweils in [] hervorgehobenen Kennwortes.

- Aeberhard Walter*: Preisbildungen kartellverwandter Organisationen (Diss. Bern 1934).
- Aebi Anton*: Der Kartellzwang nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1946).
- Böhler Eugen*: Grundlehren der Nationalökonomie (2. A. Bern 1948) [Grundlehren].
Die Konkurrenz als Organisationsprinzip der Wirtschaft, Schweiz. Zeitschrift für Statistik und Volkswirtschaft 86 (1950) 380 ff.
- Böhm Franz*: Wettbewerb und Monopolkampf (Berlin 1933) [Monopolkampf].
Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, ZbJV 85 (1949) 329 ff.
- Bresciani-Turroni Costantino*: Einführung in die Wirtschaftspolitik (Bern 1948).
- von Brunn Johann Heinrich*: Gedanken und Erfahrungen zum Recht der wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen, in «Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung» (Frankfurt a. M. 1950).
- Brunner Hanspeter*: Zwangskartelle (Diss. Zürich 1936).
- Bundesrat*: Bericht über das Volksbegehren zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Krise und Not vom 6. März 1935 (Kriseninitiative), BBl 1935 I 277 ff.
Botschaft betr. die Ueberwachung der Preise vom 18. März 1935, BBl 1935 I 536 ff.
Botschaft über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10. September 1937, BBl 1937 II 833 ff. [Botschaft].
Bericht über das Volksbegehren betr. das «Recht auf Arbeit» vom 24. Juni 1946, BBl 1946 II 773 ff.
Bericht über das Volksbegehren betr. «Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit» vom 14. Okt. 1946, BBl 1946 III 825 ff.
- Burckhardt Walther*: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 (3. A. Bern 1931) [Kommentar].
Gedanken eines Juristen über den Korporationenstaat, ZbJV 70 (1934) 97 ff. [Korporationenstaat].
Methode und System des Rechts (Zürich 1936) [Methode].
- von Dam Hendrik G.*: Preisunterbietungen (Basel 1945).
- Deschenaux Henri*: Licéité et limites du boycott, ZSR nF 70 (1951) 127 ff.
- Deutsche Gewerkschaften*: Die Illusion des freien Wettbewerbs (Untersuchung des wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der deutschen Gewerkschaften, Köln 1950).
- Egger August*: Kommentar zum Personenrecht (2. A. Zürich 1930).
- Eggmann Emil*: Der Staat und die Kartelle (Diss. Zürich 1945).
- Eucken Walter*: Die Grundlagen der Nationalökonomie (3. A. Jena 1943).

- Feldmann Markus*: Kartelle, Trusts und Monopole (Basel 1931).
- Fischer Max*: Der Begriff der Vertragsfreiheit (Diss. Zürich 1952).
- Friedländer Hanspeter*: Die Rechtspraxis der Kartelle und Konzerne in Europa (Zürich 1938).
- Geyer Ernst*: Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, Schweiz. Arbeiterzeitung 44 (1949) 586/7.
- Giacometti Zaccaria*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht (Neubearbeitung der ersten Hälfte des gleichnamigen Werkes von Fritz Fleiner, Zürich 1949). [Fleiner/Giacometti].
- Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht», Festg. der schweizerischen juristischen Fakultäten zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung (Zürich 1948).
- Giese Friedrich*: Grundrechtliche Freiheit zum Abschluss wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen, in «Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkung» (Frankfurt a. M. 1950).
- Giger Hans Georg*: Die Mitwirkung privater Verbände bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben (Diss. Bern 1951).
- Gysin Arnold*: Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, ZSR nF 49 (1930) 364 ff. [Grundlinien]
Entwurf zu einem Kartellgesetz, Gewerkschaftliche Rundschau 28 (1936) 265 ff. [Entwurf Gysin].
- Haussmann Frederick*: Die wirtschaftliche Konzentration an ihrer Schicksalswende (Basel 1940). [Wirtschaftliche Konzentration].
- Der Wandel des internationalen Kartellbegriffes (Bern 1947) [Kartellbegriff].
«Antitrust», Kleinbetriebe und das Kartellproblem, Schweiz. Handelszeitung Nr. 16/1951. [«Antitrust»].
- Hayek F. A.*: Der Weg zur Knechtschaft (Zürich 1945).
- Homburger Eric*: Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung (Diss. Zürich 1948). [Homburger].
- Zum Vollzug der staatlichen Intervention gegenüber Kartellen auf Grund von Art. 31 bis, Abs. 3, lit. d der Bundesverfassung, «Wirtschaft und Recht» 3 (1951) 273 ff.
- Bemerkungen zu BGE 76 II 281 ff., «Wirtschaft und Recht» 4 (1952) 137 ff.
- Huber Hans*: Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, NZZ Nr. 1130/1941.
- Probleme der Wirtschaftsverfassung, NZZ Nr. 2108/1948.
- Das Staatsrecht des Interventionismus, ZSR nF 70 (1951) 173 ff.
- Hug Walther*: Kartell- und Konzernrecht, Hdb. der schweizerischen Volkswirtschaft II (Bern 1939) 22 ff.
- Im Hof*: Ein Streifzug durch die Praxis der kriegswirtschaftlichen Strafgerichte aus der Zeit des Zweiten Weltkrieges, «Wirtschaft und Recht» 3 (1951) 321 ff.
- Jöhr Walter A.*: Theoretische Grundlagen der Wirtschaftspolitik I (St. Gallen 1943). Justizabteilung, Gutachten über das Verhältnis der Kartelle zur Handels- und Gewerbefreiheit, VEB 1 (1927) 13 ff.

- Kartellproblem*: Diskussion der Schweizerischen Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft über das Kartellproblem an der Jahresversammlung 1951, Zeitschrift für Statistik und Volkswirtschaft 87 (1951) 231 ff.
- Kaufmann Otto Konstantin*: Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweizerischen Staatsrecht, ZSGV (1949) 6 ff.
Die revidierten Wirtschaftsartikel der schweizerischen Bundesverfassung und das geltende Wirtschaftsrecht, in «Staat und Wirtschaft», Festg. zum 70. Geburtstag von Hans Nawiasky (Einsiedeln 1950) 33 ff.
Das amerikanische Antitrustrecht, NZZ Nr. 365/1952.
- Kommissionen des National- und Ständerates für die neuen Wirtschaftsartikel, Protokolle (einzusehen im Schweiz. Handelsarchiv) [NR-Kommission, StR-Kommission].
- Küng Emil*: Zur Problematik der freien Konkurrenz, «Wirtschaft und Recht» 1 (1949) 73 ff.
- Lang Kurt*: Ueber die Möglichkeiten einer Monopolpolitik durch staatliche Monopolpreisbeeinflussung (Diss. Bern 1950).
- Lautner Julius G.*: Die kriegswirtschaftliche Preiskontrolle in der Schweiz (Zürich 1950).
- Lehner Othmar*: Die Kartellbestimmung, NZZ Nr. 296/1938.
- Liechi Eugen*: Die Verrufserklärungen im modernen Erwerbsleben, speziell Boykott und Arbeitersperre (Diss. Zürich 1897).
- Liefmann Robert*: Kartelle, Konzerne und Trusts (8. A. Stuttgart 1930).
- Lippmann Walter*: Die Gesellschaft freier Menschen (Bern 1945).
- Lüthi Paul*: Der Staat und die Kartelle in der Schweiz (Diss. Neuenburg 1947).
- Marbach Fritz*: Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft (Bern 1932).
Ueber das Kartell und die Kartellierung in der Schweiz (Bern 1937). [Ueber das Kartell].
Kartelle und kartellartige Organisationen, Hdb. der schweiz. Volkswirtschaft II (Bern 1939) 17 ff. [Hdb.]
Zur Frage der antimonopolistischen Intervention, «Wirtschaft und Recht» 1 (1949) 217 ff. [Antimonopolistische Intervention].
Das Kartellproblem im schweizerischen Licht, Schweiz. Zeitschrift für Statistik und Volkswirtschaft 87 (1951) 214 ff. [Kartellproblem].
- Marti Hans*: Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln (Bern 1950).
- Meade James Edward*: Planung und Preismechanismus (Bern/Tübingen 1951).
- Merz Hans*: Ueber die Schranken der Kartellbindung (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 302, neue Folge; Bern 1953). (Diese erst vor kurzem erschienene, grundlegende Untersuchung konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden.)
- Mislin Jean-Pierre*: Der zulässige Umfang der kartellrechtlichen Bindung (Diss. Basel 1947).

- Naegeli Eduard*: Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderer Unternehmungszusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht I (Diss. Zürich 1936). [Die Doppelgesellschaft]. Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung, in «Beiträge zum Wirtschaftsrecht», Festg. zum Juristentag 1944 (St. Gallen 1944) 153 ff.
- Nef Hans*: Kantonale Gesetze über Familienausgleichskassen, Sonderabdruck aus «Der Schutz der Familie», Festg. A. Egger (Zürich 1945) 339 ff.
Die Handels- und Gewerbefreiheit, Sonderabdruck aus der SJK, Karten Nr. 616 bis 622 a (Genf 1950). [HGF].
Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht» 191 ff.
Sinn und Schutz verfassungsmässiger Gesetzgebung und rechtmässiger Verwaltung im Bunde, ZSR nF 69 (1950) 133a ff. [Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit].
- Neumeyer F.*: Amerikanische Antitrustgesetze und Patente, «Wirtschaft und Recht» 3 (1951) 1 ff.
- Oftinger Karl*: Ueber den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, SJZ 37 (1940/41) 225 ff., 241 ff. [Privatrecht und Staatsstruktur].
Die Vertragsfreiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht» 315 ff.
- Preisbildungskommission des EVD*: Kartelle und kartellartige Abmachungen in der schweizerischen Wirtschaft, offizielle Kartellenquête, Sonderheft 27, 31, 35, 36, 53, 57 der «Volkswirtschaft», herausgegeben vom EVD, (Bern 1937 ff.).
- Roos*: Das Klagerecht der Wirtschafts- und Berufsverbände nach dem UWG (Bern 1947).
- Ruchti E.*: Trust und Konzern, Hdb. der schweizerischen Volkswirtschaft II (Bern 1939) 428 ff.
- Saitzew Manuel*: Horizontal und Vertikal im Wandel der letzten Jahrzehnte (Jena 1927). [Horizontal und Vertikal].
Aktuelle Organisationsprobleme der Industrie (Sonderabdruck aus Nr. 7 der Schweizer Schriften für rationelles Wirtschaften, Zürich 1928). [Organisationsprobleme].
- Schärer Max*: Die Natur des Kartellvertrages nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1917).
- Schneeberger Ernst*: Das amerikanische Antitrustrecht in der Praxis, SJZ 45 (1949) 17 ff.
- Schumpeter Joseph A.*: Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie (Bern 1946).
- Schürmann Leo*: Die rechtliche Tragweite der neuen Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung, ZSGV 49 (1948) 33 ff.
- Schweizerische Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft, Diskussion über das Kartellproblem an der Jahresversammlung 1951, Zeitschrift für Statistik und Volkswirtschaft 87 (1951) 231 ff. [Kartellproblem].
- Simonius August*: Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht» 281 ff.
Ein verkanntes Freiheitsrecht, in Festgabe Ruck (Basel 1952) 261 ff.

- Tanner Heinrich*: Die Kartellbestimmung der schweizerischen Bundesverfassung (Diss. Bern 1950).
- Trumpler H.*: Unlauterer Wettbewerb und Anti-Trust-Recht in den USA II (Basel 1944).
- Truninger Hansjörg*: Die Freiheit des Staates bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen (Diss. Zürich 1950).
- Wackernagel Jacob*: Gesetzmässigkeit der Verwaltung und persönliche Freiheit, in «Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht» 243 ff.
- Wolf Ernst*: Die amerikanische Antitrustgesetzgebung und ihre internationalen Auswirkungen, ZbJV 86 (1950) 193 ff., 241 ff.
- Wolfsers Arnold*: Das Kartellproblem im Lichte der deutschen Kartellliteratur, in «Schriften des Vereins für Sozialpolitik» Bd. 180, 2. T. (Herausgeber Emil Lederer, München/Leipzig 1931).
- Wolffers Artur*: Grundfragen einer schweizerischen Kartellgesetzgebung, SJZ 48 (1952) 69 ff.
- Zoelly Charles*: Die rechtliche Behandlung der Kartelle in der Schweiz (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Aarau 1917).

MOTTO

«Leute von demselben Gewerbe kommen selten auch nur zum Vergnügen zusammen, ohne dass ihre Unterhaltung mit einer Verschwörung gegen das Publikum oder einem Plane zur Erhöhung der Preise endigt. Es ist allerdings nicht möglich, solchen Zusammenkünften durch ein Gesetz vorzubeugen, das sich ausführen liesse, oder mit Freiheit und Gerechtigkeit verträglich wäre. Wenn aber das Gesetz Leute von demselben Gewerbe nicht hindern kann, zuweilen zusammenzukommen, so sollte es wenigstens Nichts tun, diese Zusammenkünfte zu erleichtern, viel weniger aber noch, sie notwendig zu machen.»¹

ADAM SMITH

¹ Vgl. Adam Smith, Untersuchungen über das Wesen und die Ursachen des Nationalreichtums (deutsche Ausgabe von Max Stirner, Leipzig 1846), Bd. I, 1. Buch, 10. Kap., 2. Abt., S. 182.

EINLEITUNG

Mit der Annahme der «neuen Wirtschaftsartikel» durch Volk und Stände in der eidgenössischen Abstimmung vom 6. Juli 1947¹ hat folgende Bestimmung Eingang in die schweizerische Bundesverfassung gefunden:

BV 31 bis III d

«Wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt, ist der Bund befugt, nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbe-freiheit. Vorschriften zu erlassen:

.....

d) gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswir-kungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen.»

Die vorliegende Arbeit soll ein Versuch sein, die rechtliche Tragweite dieser neuen, im folgenden kurz «Kartellbestimmung» genannten Kom-petenznorm zu ermessen. Damit ist zugleich die Aufgabe gestellt, ganz all-gemein zu untersuchen, welche Massnahmen Bund und Kantone auf Grund der Bundesverfassung gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen im Sinne der Kartellbestimmung ergreifen können, denn nur auf dem Hintergrund dessen, was der Bund oder der Staat überhaupt auch sonst gegenüber den fraglichen privaten Monopolgebilden vorgehen könnte, zeichnet sich der wirkliche Umfang der neuen wirtschaftspolitischen Kom-petenz ab.

Kartelle und ähnliche Konzentrationsgebilde sind Erscheinungen des Wirtschaftslebens, die bisher von der schweizerischen Rechtsordnung als solche nicht erfasst wurden. Allerdings wurde der Bundesrat bereits durch den dringlichen Bundesbeschluss betreffend die Ueberwachung von Warenpreisen vom 20. Juni 1936², Art. I III, ermächtigt, die staatliche Preisüberwachung anzuordnen. «wo die freie Preisbildung durch Zu-

¹ 556 803 Ja gegen 494 414 Nein, 13 annehmende gegen 9 verwerfende Stände; vgl. Erwährungsbeschluss vom 1. 10. 47, AS 63, 1041/4.

² AS 52, 504: seit Ende 1939 ausser Kraft, letzter Verlängerungsbeschluss vom 23. 12. 37, AS 53, 1040.

sammenschlüsse oder kartellmässige Abreden ausgeschlossen oder ungebührlich eingeschränkt wird». Diese Ermächtigung blieb jedoch, ganz abgesehen davon, dass sie verfassungswidrig war³, im wesentlichen toter Buchstabe, weil sie, kaum erteilt, bereits durch viel weitergehende Preiskontrollkompetenzen des Bundes übertroffen wurde. Kompetenzen, die in ihrer Allgemeinheit eine besondere Berücksichtigung von Preisübermarchungen als Folge einer Kartellierung unnötig machten⁴. Trotz der allgemeinen Preiskontrolle hielt man es allerdings für nötig, im Art. 2 der Verfügung Nr. 1 des EVD zum BRB betreffend die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung vom 1. September 1939 zu verbieten, «an einer Verabredung oder Verständigung teilzunehmen, welche die Erzielung von Gewinnen bezweckt, die mit der allgemeinen Wirtschaftslage unvereinbar sind⁵»; dieses spezielle Verbot blieb jedoch, eben wegen der Allgemeinheit der Preiskontrolle, ohne jede praktische Wirkung. Mit den Ausdrücken «Kartelle» und «ähnliche Organisationen» in Art. 31 bis III d BV führte man also neue Begriffe in das schweizerische Recht ein, die weder durch die Uebernahme einer bereits bestehenden gesetzlichen Umschreibung noch in Anlehnung an eine entsprechende Rechtspraxis definiert werden können. Unsere erste Frage, nämlich, welchen Inhalt die bisher in der Schweiz im wesentlichen nur für die volkswirtschaftliche Begriffsbildung verwendete Bezeichnung «Kartell» nunmehr in der Verfassung annehme, wird sich nur von der Nationalökonomie aus beantworten lassen. Hierbei darf man sich aber natürlich keinesfalls mit einer einfachen, unmittelbaren Uebernahme des nationalökonomischen Kartellbegriffs begnügen, sondern wird die gesamte volkswirtschaftliche Kartell- und Monopollehre im Spiegel der Gesetzesmaterialien betrachten müssen. Soweit sich direkt oder indirekt eine eigene Auffassung des historischen Verfassungsgesetzgebers vom Begriff des Kartells oder der Kartellähnlichkeit nachweisen lässt, wird diese in den Materialien zum Ausdruck gelangende Auffassung und nicht die nationalökonomische Theorie massgebend für die Auslegung sein; dies würde insbesondere dann zutreffen, wenn die Volkswirtschaftslehre später

³ Botschaft 870.

⁴ BRB über ausserordentliche Massnahmen betr. die Kosten der Lebenshaltung vom 27. 9. 36, AS 53, 742; BRB betr. die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung vom 1. 9. 39, AS 55.817. — Eine ähnliche Lage ergibt sich nach Annahme des BB über die befristete Weiterführung einer beschränkten Preiskontrolle vom 26. Sept. 1952, AS 1952, 1055/6.

⁵ AS 55, 820.

mit dem Ausdruck «Kartell» neue Vorstellungen verbinden sollte, welche in der Problemstellung des an seine Zeit gebundenen historischen Verfassungsgesetzgebers noch gar nicht enthalten sein konnten⁶. Eine besondere Bedeutung kommt den Materialien für die Umschreibung des Begriffs der «ähnlichen Organisationen» zu: sie werden darüber Aufschluss geben müssen, in welchen Merkmalen die kartellähnlichen Organisationen mit den Kartellen übereinstimmen müssen, wenn sie «ähnliche Organisationen» im Sinne der Kartellbestimmung sein sollen. Eine Mittelstellung zwischen den Materialien und der Volkswirtschaftslehre nimmt die offizielle Kartellenquête ein, welche die eidgenössische Preisbildungskommission, ohne allerdings mit Zwangsmitteln ausgestattet zu sein, im Auftrag des EVD durchführte^{6a}.

Die Umschreibung der durch die Kartellbestimmung neu in die Bundesverfassung eingeführten Begriffe wird durch den Umstand erheblich erschwert, dass die Kartellfrage bei den Beratungen über die neuen Wirtschaftsartikel fast undiskutiert blieb⁷. Im Sinne der bundesrätlichen Botschaft⁸ begnügte man sich damit, im Hinblick auf mehrere, aus ganz verschiedenen Motiven erfolgte Vorstösse zugunsten einer Kartell- und Monopolgesetzgebung⁹ für alle Fälle eine entsprechende verfassungsmässige Grundlage zu schaffen, ohne aber selbst näher auf die materiellen Probleme einzutreten. Diese Zurückhaltung des historischen Verfassungsgesetzgebers musste dazu führen, dass der Kartellbegriff nur oberflächlich untersucht wurde, obschon gerade angesichts der relativ grossen Freiheit des Gesetzgebers in der Umschreibung der Schädlichkeit von Kartellen und ähnlichen Organisationen der Kartellbegriff als Schranke für den Wirkungsbereich von Interventionen auf Grund der Kartellbestimmung erhöhte Bedeutung gewinnt^{9a}. Wenn es sich nach dem Zeugnis eines Mitgliedes der zuständigen Expertenkommission beim Erlass der Kartellbe-

⁶ Burckhardt, Methode 279; Kaufmann, Verfassung, Gesetz und Verordnung 14.

^{6a} Die Preisbildungskommission wurde vom EVD zu rein konsultativen Zwecken am 28. 12. 26 eingesetzt; vgl. Lautner 5/6, 258.

⁷ Geyer.

⁸ Botschaft 888/9.

⁹ «Wirtschaftstheorie im Nationalrate», NZZ Nr. 1042/1927; Bericht des BR über die Kriseninitiative 326/7; Botschaft betr. die Ueberwachung der Preise 549; Botschaft 888/9; Eggmann 61; Schwill, Wirtschaftspolitische Begehren betr. die Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit (Bern 1934) 34 ff.

^{9a} Homburger 107.

stimmung um eine «politische Konzession» gehandelt hat¹⁰, so will das nichts anderes bedeuten, als dass man um eines populären Schlagwortes willen eine Kompetenz in der Verfassung verankert hat, über deren Umfang und Berechtigung man sich selbst keine gründlichere Rechenschaft ablegen wollte. Die Materialien werden darum öfters eine klare Richtlinie auch dort nicht aufzeigen können, wo sie allein als Stütze für eine Auslegung der Bezeichnungen «Kartelle» und «ähnliche Organisationen» in Frage kommen; in diesen Fällen muss in Uebereinstimmung mit dem freiheitlichen Grundcharakter der Bundesverfassung jener Begriff des Kartells oder der Kartellähnlichkeit massgebend sein, welcher die Kompetenzen zu Eingriffen in die Handels- und Gewerbefreiheit auf Grund der Kartellbestimmung am meisten beschränkt¹¹.

Als Voraussetzung für die Beurteilung gesetzgeberischer Interventionsmöglichkeiten ist die Frage nach der faktischen Bedeutung der Kartelle und ähnlichen Organisationen zu stellen. Die Meinungen der Nationalökonomien über die Nützlichkeit oder Schädlichkeit der monopolistischen wirtschaftlichen Konzentration sind sehr geteilt: was hier als stabilisierende Wirkung gepriesen wird, stösst dort als Tendenz zur Erstarrung auf stärkste Ablehnung. Jedenfalls erweist sich das Urteil der Wirtschaftswissenschaft über die Kartelle keineswegs als so eindeutig negativ wie gelegentlich dasjenige der «öffentlichen Meinung». Besonders zu beachten ist die Tatsache, dass Kartelle und ähnliche Organisationen immer den Gegenkräften einer latenten Konkurrenz ausgesetzt sind und dass die Schaffung von Erleichterungen für diese Konkurrenz — also die indirekte Methode — ein wirkungsvolles Mittel zur Verhinderung des Missbrauches von Monopolstellungen sein kann. Grösste Aufmerksamkeit wird man vom Standpunkt einer grundsätzlich freiheitlichen Wirtschaftsverfassung aus der These schenken müssen, dass der Ausnutzung von wirtschaftlichen Monopolen oft relativ enge Grenzen gezogen würden, wenn nicht staatliche Massnahmen (Zölle, Einfuhrkontingente) das Aufkommen einer Konkurrenz erschweren würden. «Eine liberale Wirtschaftspolitik ist das beste Kartellgesetz^{11a}.»

¹⁰ Koechlin, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den Vorschlägen der begutachtenden Kommission für Wirtschaftsgesetzgebung (Referat an der DV des Schweiz. Handels- und Industrievereins vom 26. 6. 37).

¹¹ Vgl. Burckhardt, Methode 288.

^{11a} Roepke, NZZ Nr. 463/1953.

Nachdem Begriff und Bedeutung der Kartelle und ähnlicher Organisationen bekannt sind, kann auf die Hauptfrage nach der Möglichkeit und den Grenzen einer besonderen Kartell- und Monopolgesetzgebung in der Schweiz eingetreten werden, womit zugleich die Aufgabe gestellt wird, die Kartellbestimmung in das System der Bundesverfassung einzuordnen. Im Zentrum steht hierbei das Verhältnis zwischen der Kartellierung und der Handels- und Gewerbefreiheit. Es wird mit Entschiedenheit die Auffassung vertreten werden, dass die Kartellierung als ein Anwendungsfall der wirtschaftlichen Organisationsfreiheit unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit steht. Wenn auch besondere gesetzliche Bestimmungen mit dem Zwecke der Einschränkung oder sogar des Verbotes von Kartellen und ähnlichen Organisationen nicht gegen die freie Konkurrenz gerichtet sind, sondern diese eher schützen, müssen sie doch als wirtschaftspolitische Vorschriften betrachtet werden, welche die Entscheidungen der Individuen über den Wirtschaftsablauf zu korrigieren versuchen; das wäre auch der Fall, wenn diese Vorschriften wirtschaftspolitischen Inhalts in der Form von Zivilrecht erlassen würden. Die dem Bunde durch die Kartellbestimmung erteilten Kompetenzen erscheinen also in der Bundesverfassung zu Recht als Ausnahmen von der Handels- und Gewerbefreiheit. Die der neo-liberalen nationalökonomischen Lehre entspringende, neuerdings von einzelnen Rechtslehrern übernommene These¹², wonach staatliche Eingriffe gegenüber privaten Monopolgebilden nicht gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit verstossen, sondern ihn vielmehr erst recht zur Geltung bringen, weil er ja das System der freien Konkurrenz verkörpere, geht von der u. E. irrtümlichen Annahme aus, die freie Konkurrenz, die durch staatlichen Zwang wieder hergestellt wird, habe vom Standpunkt der Freiheit des Individuums aus gesehen den gleichen Wert wie die freie Konkurrenz, die in der staatsfreien Sphäre entsteht. Die Frage, ob die Bildung einer freien Konkurrenz im Rahmen einer vor staatlichen Eingriffen geschützten Wirtschaft wünschenswert sei, ist durchaus verschieden von der Frage, ob ein staatlicher Eingriff in die Privatautonomie im Sinne der zwangsweisen Aufrechterhaltung der freien Konkurrenz erfolgen solle; es ist durchaus möglich, ja, wenn man nicht die wirtschaftliche Wohlfahrt, sondern in erster Linie die Freiheit des Individuums im Auge hat, sogar notwendig, dass man die erste Frage bejaht, die zweite jedoch verneint. Die liberalen Klassiker als geistige Urheber der Handels-

¹² Fleiner/Giacometti 283, 286, 292; Huber, Das Staatsrecht des Interventionismus 175.

und Gewerbefreiheit von 1874 waren sich, das lehrt die im Motto angeführte Meinungsäusserung Adam Smith's, der Notwendigkeit einer Differenzierung im erwähnten Sinne im Gegensatz zu den Neoliberalen noch deutlich bewusst, und BV 31 I schützt darum die freie Konkurrenz zwar vor staatlichen Eingriffen, lässt aber darüber hinaus auch keine Einmischung des Staates in die freie Wirtschaft zu, wenn sich diese nicht in voller Uebereinstimmung mit dem System der freien Konkurrenz entwickelt. Die entscheidende Frage, welche der Verfassungsgesetzgeber mit der Gewährleistung der Handels- und Gewerbefreiheit einzig und allein beantwortete, geht dahin, ob der Wirtschaftsablauf privatautonom — sei es nun in der Form der freien Konkurrenz oder des Privatmonopols (das in einer staatsfreien Wirtschaft ja automatisch begrenzt ist) — geregelt werden solle, oder durch staatlichen Zwang. Staatliche Eingriffe gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen erfolgen hauptsächlich im Dienste des «Königtums der Konsumenten» und sind demgemäss Erscheinungen des wohlfahrtsstaatlichen Interventionismus: sie können für den liberaldemokratischen Rechtsstaat schwere Inkonvenienzen mit sich bringen.

Angesichts der Abhängigkeit aller Wirtschaftsfaktoren untereinander und der grossen Elastizität und der Vielfalt der Formen, in denen sich die wirtschaftliche Tätigkeit vollzieht, würde das Ideal einer wirkungsvollen, folgerichtigen interventionistischen Wirtschaftsgesetzgebung wohl darin bestehen, möglichst alle materiellen Entscheidungen einer von Fall zu Fall urteilenden, anpassungsfähigen Verwaltung zu überlassen, deren Kompetenzen sich auf die gesamte Wirtschaft erstrecken und die zudem ermächtigt ist, den Kettenreaktionen, die durch ihre ersten Massnahmen ausgelöst werden, mit immer weiteren Massnahmen zu folgen. Dieses «Ideal» lässt sich jedoch im Rahmen einer grundsätzlich liberalen Verfassung nicht verwirklichen, und man wird sich darum bei der Anwendung der neuen Wirtschaftsartikel von vornherein mit gesetzgeberischen Eingriffen begnügen müssen, deren Wirksamkeit beschränkt ist und die zusammen kein lückenloses System bilden können. Wenn der Kommissionsreferent in der Eintretensdebatte des Nationalrates über das Landwirtschaftsgesetz erklärt hat¹³: «Um Ermessensvorschriften und juristisch farblose Umschreibungen kommt man bei einer solchen Materie einfach nicht herum», so wird sich auch bei der Anwendung der Kartellbestim-

¹³ NR Obrecht Sten Bull NR 1951, 5.

nung die gleiche grosse Versuchung geltend machen, die Kartelle und ähnliche Organisationen nicht präzisen Rechtssätzen zu unterwerfen, sondern einer elastischen und darum wirksameren Kontrolle durch möglichst freie Verwaltungsinstanzen, welche ihre Entscheide nach eigenmächtig gewählten, von Fall zu Fall revidierbaren Grundsätzen, in einer für den Bürger nicht voraussehbaren Weise treffen können. Dieser Tendenz gegenüber wird betont werden müssen, dass Rechtssätze, welche Umfang und Intensität der Staatseingriffe zum voraus genau umschreiben, die unerlässliche Grundlage eines Rechtsstaates sind¹⁴.

Die zentrale materielle Frage, welche jede Diskussion über das Kartell- und Monopolproblem beherrscht¹⁵, geht dahin, ob private monopolistische Gebilde grundsätzlich zu verbieten seien oder ob nur einzelne von ihnen ausgehende Missbräuche zu bekämpfen seien. Diese Frage ist in der Bundesverfassung eindeutig beantwortet: die Kartellbestimmung lässt nur eine Missbrauchsbekämpfung zu. Der Verfassungsgesetzgeber, unterstützt von der überwiegenden Mehrheit der schweizerischen Nationalökonomien, hat hinsichtlich der Gestaltung des Verhältnisses des Staates zu den Kartellen und ähnlichen Organisationen wieder einmal — und man darf hier wohl sagen: glücklicherweise — die sprichwörtliche eidgenössische Scheu vor radikalen Lösungen bezeugt. Es würde keineswegs den Intentionen ihrer Schöpfer entsprechen, wenn man von der Kartellbestimmung eine umwälzende Neugestaltung des Wirtschaftslebens erwarten wollte.

¹⁴ Hayek, «Gleichheit und Gerechtigkeit», NZZ Nr. 596/1951.

¹⁵ Vgl. Kartellproblem.

I. Kapitel

Das Wesen der Kartelle und ähnlicher Organisationen

§ 1. Der Kartell-Begriff

I. DIE GEGENSÄTZLICHEN MARKTZUSTÄNDE DER FREIEN KONKURRENZ UND DES MONOPOLS

Die wirtschaftliche Erscheinung der Kartellierung ist als Reaktion auf einen bestimmten Marktzustand zu erklären, den man im allgemeinen als Zustand der freien Konkurrenz¹ bezeichnet². Die Ansicht ist zwar weit verbreitet, dass der Wettbewerb in concreto nie jene Vollkommenheit erreicht habe, die dem nationalökonomischen Modell der freien Konkurrenz entsprechen würde, und Schumpeter ist des Einverständnisses auch vieler Nicht-Sozialisten sicher, wenn er von «der Fiktion eines völlig imaginären, goldenen Zeitalters des vollkommenen Wettbewerbes» spricht³; massgebend ist aber, dass im Rahmen einer auf der Privatautonomie aufgebauten Wirtschaftsordnung⁴ stets die Tendenz zur Verwirklichung der freien Konkurrenz besteht, deren volle Entfaltung jedoch eben gerade durch die Kartellierung und ähnliche Gegenbewegungen verhindert wird⁵.

Freie Konkurrenz besteht, wenn eine bestimmte wirtschaftliche Leistung von einer Mehrzahl unabhängiger Marktteilnehmer, von denen keiner einen spürbaren Einfluss auf den Preis ausüben kann, angeboten oder nachgefragt wird⁶. Der Preis, d. h. jede beliebige Form der Gegenleistung des Marktpartners für eine gegebene wirtschaftliche Leistung, ist für alle Konkurrenten eine gegebene Grösse; er deckt gerade die Kosten, einschliesslich jenes Unternehmerlohnes, den auch der letzte Anbieter noch

¹ Synonyme Bezeichnungen: vollkommene, atomistische oder reine Konkurrenz; anstatt «Konkurrenz» oft auch «Wettbewerb».

² Liefmann 23.

³ Schumpeter 134.

⁴ Oftinger, Privatrecht und Staatsstruktur 242.

⁵ Eulenburg, Die Preisbildung in der modernen Wirtschaft, in «Grundriss der Sozialökonomik» IV 1 (Tübingen 1925) 268.

⁶ Vgl. z. B.: Böhrer, Grundlehren 33, 34, 201; Bresciani-Turroni 37; Böhm, Monopolkampf 18/9; Botschaft 838, 849.

als unerlässliches Entgelt für seine Leistung betrachtet⁷. Kein Produzent kann es wagen, mehr als den gegebenen Gleichgewichtspreis zu fordern, weil er damit rechnen muss, dass seine Kunden sonst zu billigeren Konkurrenten abwandern⁸: kein Konsument kann andererseits hoffen, billiger als zum gegebenen Gleichgewichtspreis beliefert zu werden, denn die Produzenten sind angesichts seiner geringen Bedeutung im Verhältnis zur Gesamtheit der Konkurrenten nicht auf ihn angewiesen. Einschränkend ist allerdings beizufügen, dass es sich beim Gleichgewichtspreis der freien Konkurrenz, der für alle einzelnen Marktteilnehmer von vornherein feststeht, um einen Durchschnittswert handelt, der nur dann auch in jedem Einzelfall gelten würde, wenn jeder Marktteilnehmer streng ökonomisch und mit vollständiger Marktübersicht handeln und allen Wirtschaftsfaktoren eine unendliche Reaktionsgeschwindigkeit innewohnen würde⁹. Es ist darum denkbar, dass ein Produzent, ohne dass deswegen die freie Konkurrenz aufgehoben würde, infolge einer falschen Einschätzung der Marktlage oder in der Hoffnung auf ein systemwidriges Verhalten seiner Kundschaft einen zu hohen Preis fordert, der sich längere Zeit halten kann, weil die Abnehmer sich nicht sofort umstellen können oder weil sie dem betreffenden Produzenten aus ausserwirtschaftlichen Gründen treu bleiben wollen.

Ein Monopol besteht im Gegensatz zur freien Konkurrenz, wenn das gesamte Angebot oder die gesamte Nachfrage für eine bestimmte wirtschaftliche Leistung einem einheitlichen Willen unterworfen ist¹⁰. Für den Inhaber einer Monopolstellung ist der Preis keine gegebene, sondern eine frei bestimmbare Grösse: die Freiheit in der Preisgestaltung besteht darin, dass der Monopolist auf keine Konkurrenten Rücksicht zu nehmen braucht, die sich vielleicht mit einem tieferen Preis zufrieden gäben, resp. einen höheren Preis zu zahlen bereit wären. Ein monopolistischer Anbieter könnte in seinem Preis — immer innerhalb des theoretischen Modells — einen übermässig hohen Gewinn einkalkulieren, ohne fürchten zu müssen, dass seine Abnehmer auf günstigere Angebote anderer Konkurrenten ausweichen¹¹. Immerhin ist die Freiheit des Monopolisten in der Preisfestsetzung nicht grenzenlos, da er von seinen Marktgegenspielern, den Trä-

⁷ Böhler, Grundlehren 184.

⁸ Botschaft 838.

⁹ Jöhr 119; Böhler, Grundlehren 33.

¹⁰ Böhm, Monopolkampf 12/3; Jöhr 124; Lüthi 26.

¹¹ Böhm, Monopolkampf 43.

gern des Angebotes, resp. der Nachfrage, abhängig ist¹². Eine Preiserhöhung bei einem Angebotsmonopol hat in der Regel einen Rückgang der Nachfrage und damit des Absatzes und der Produktion zur Folge; überschreitet der Preis eine gewisse obere Grenze, so wird die mit der Preiserhöhung verbundene Gewinnerhöhung überwogen durch den Verlust infolge des Nachfragerückganges, der sich wegen des Wegfalls der Vorteile der Massenproduktion noch vergrößern kann. Die Freiheit des Monopolisten besteht also weniger darin, seinen Preis willkürlich festzusetzen, als in der Möglichkeit, die günstigste Relation zwischen Produktionsmenge und -kosten einerseits und Preis andererseits zu verwirklichen¹³.

II. DIE KARTELLE ALS MONOPOLISTISCHE ORGANISATIONEN

Ein Monopol kann sehr verschiedene Grundlagen haben, und es können entsprechend verschiedene Monopolarten unterschieden werden. Das Monopol kann unmittelbar auf einem Rechtssatz beruhen (z. B. staatliches Regal; Patent- und Markenrecht), der allen anderen Wirtschaftssubjekten, mit Ausnahme des Monopolinhabers, die Erbringung der vom Monopol erfassten wirtschaftlichen Leistung verbietet; in diesem Fall spricht man von einem rechtlichen Monopol¹⁴. Das Monopol kann aber auch nur ein faktisches sein, das sich höchstens mittelbar auf Rechtssätze stützt. Dies ist einmal der Fall, wenn ein einzelner Unternehmer alleiniger Eigentümer eines seltenen Rohstoffes ist (natürliches Monopol)¹⁵. Ein faktisches Monopol entsteht ferner, wenn für die rationelle Herstellung eines Produktes eine einzige Unternehmung genügt, so dass schwächere Konkurrenzunternehmungen eingehen, resp. kein Anreiz zur Gründung neuer Unternehmungen besteht¹⁶; in diesen Fällen handelt es sich um ein Monopol, das dem System der freien Konkurrenz konform ist. Faktische Monopole sind auch die organisatorischen Monopole, bei denen das Angebot oder die Nachfrage für eine bestimmte wirtschaftliche Leistung durch den Zusammenschluss mehrerer, sich vorher in freier Konkurrenz gegenüber-

¹² Böhler, Grundlehren 166/7; Jöhr 155; Lüthi 26.

¹³ Böhler, Grundlehren 202; Bresciani-Turroni 173/4; Lüthi 26; Jöhr 156; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 109; Wolfers 35.

¹⁴ Marti 208.

¹⁵ Jöhr 182/3.

¹⁶ Böhm, Monopolkampf 50; derselbe, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung 360; Jöhr 182/3; deutsche Gewerkschaften 23, 33; von Brunn 60; Schumpeter 130/1; Lippmann 288.

stehender Marktteilnehmer einem einheitlichen Willen unterworfen wird. Der Zusammenschluss zur Bildung eines organisatorischen Monopols kann entweder auf einer Vereinbarung zwischen im übrigen selbständig bleibenden Konkurrenten mit oder ohne Rechtsverbindlichkeit beruhen oder aber mittels finanzieller Beherrschung mehrerer Unternehmungen durch eine andere oder auch durch Fusion erreicht werden¹⁷. Ist ein organisatorisches Monopol die Folge der gegenseitigen rechtsverbindlichen (vertraglichen oder gesellschaftsrechtlichen) Verpflichtung der im übrigen selbständig bleibenden Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten wirtschaftlichen Leistung, sich bei der Angebots- oder Nachfragegestaltung für diese Leistung an bestimmte einheitliche Regeln zu halten, welche geeignet sind, die Preisbildung zu beeinflussen, so spricht man — das sei hier vorweggenommen — von einem Kartell¹⁸. Bei den Kartellen geht der einheitliche marktbeherrschende Wille, den ein Monopol voraussetzt, nicht auf ein einzelnes Rechtssubjekt, sondern auf eine einheitlich auftretende Mehrzahl selbständiger Rechtssubjekte zurück: die auf Kartellen beruhenden organisatorischen Monopole sind darum sogenannte Kollektivmonopole¹⁹. Die Bekämpfung der Kartelle darf keinesfalls mit der Monopolbekämpfung schlechthin verwechselt werden: mit den Kartellen trifft man weder alle organisatorischen, noch insbesondere die übrigen faktischen oder gar die rechtlichen Monopole. So kann z. B. die Bindung der Detailverkäufer eines Markenartikels an einen vom Hersteller festgesetzten einheitlichen Preis, die sogenannte Preisbindung der zweiten Hand, nicht als Kartellbindung angesehen werden; es handelt sich hier für den betreffenden Markenartikel um ein rechtliches, auf dem Markenrecht des Herstellers beruhendes Monopol, nicht um ein auf dem Zusammenschluss der Detailverkäufer beruhendes organisatorisches Monopol²⁰. Desgleichen sind konkurrenzbeschränkende Verpflichtungen der Lizenznehmer gegenüber dem Patentinhaber keine Kartellverpflichtungen, sondern Auswirkungen des im Patent enthaltenen rechtlichen Monopols²¹. Massnahmen des Bundes gegen

¹⁷ Saitzew, Horizontal und Vertikal 8/9; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 109/10; deutsche Gewerkschaften 23/8.

¹⁸ Vgl. vorläufig z. B. Friedländer 11.

¹⁹ Eucken 126.

²⁰ von Brunn 50, Anm. 20; Gysin, Grundlinien 366, Anm. 6a; Naegeli, Die Doppelgesellschaft 63.

²¹ Liefmann (7. A. Stuttgart 1927) 50; Kartellproblem 239 (Hummler). In den U.S.A., wo Monopole ganz generell verpönt sind, können u. U. auch konkurrenzbeschränkende Lizenzverträge illegal sein; vgl. z. B. U.S. v. Paramount Pictures (1948) 68 S. Ct. 915.

diese rechtlichen Monopole unter dem Gesichtspunkt der Kartellbekämpfung auf Grund der Kartellbestimmung kommen darum nicht in Frage^{21a}. Weder bei den markenrechtlichen Reverssystemen noch bei den konkurrenzbeschränkenden Lizenzvertragssystemen erfolgt eine Koordination des Willens mehrerer Konkurrenten zwecks Schaffung einer Monopolstellung; es liegt vielmals eine Subordination unter den Willen des Inhabers einer bereits bestehenden Monopolstellung vor^{21b}. Im Hinblick auf diese Unterscheidung wurde in unserer vorläufigen Kartelldefinition von der «gegenseitigen» Verpflichtung der Mitglieder im Sinne der Koordination ihres Willens gesprochen.

Das Wesen der Kartellierung besteht darin, dass durch eine Verständigung unter den Anbietern oder Nachfragern einer bestimmten wirtschaftlichen Leistung die wegen ihrer automatischen Preisbildung als «ruinös» oder lästig empfundene freie Konkurrenz, das sogenannte freie Spiel der Kräfte, eingeschränkt wird²². Gemäss einer Definition der Preisbildungskommission²³, die von der ständerätlichen Kommission für die Beratung der Wirtschaftsartikel übernommen worden ist²⁴, sind Kartelle «Organisationen, welche sich ergeben, wenn Unternehmer gleicher oder sich ergänzender Branchen auf vertraglichem Wege Bindungen eingehen, welche den Zweck haben, die Preisbildung direkt oder indirekt im Sinne einer absoluten oder relativen Besserung des Ertrages zu beeinflussen²⁵». Der dem Einfluss der einzelnen Marktteilnehmer entzogene Konkurrenzpreis²⁶, der berechtigter- oder unberechtigterweise als zu tief, resp. (bei den seltenen Nachfrage-Kartellen) als zu hoch angesehen wird, soll durch einen gewillkürten, günstigeren Preis²⁷ ersetzt werden, der dadurch möglich wird, dass sich alle Beteiligten gemeinsam zu seiner Einhaltung, also zum Verzicht auf Preiskonkurrenzierung rechtlich verpflichten²⁸; dabei kann es sich natürlich — vom Standpunkt der Anbieter aus gesehen —

^{21a} Vgl. über einen entsprechenden Vorschlag den Bericht des BR über das Volksbegehren betr. das «Recht auf Arbeit» 786/7.

^{21b} «Nachspiel zum New Yorker Preiskrieg», NZZ Nr. 2553/1951.

²² Botschaft 839, 849; Botschaft betr. die Ueberwachung der Preise 549; Preisbildungskommission, Sonderheft 36, 7; Marbach, Ueber das Kartell 6, 11/2; derselbe, Kartellproblem 214/5; Saitzew, Horizontal und Vertikal 7; Homburger 47/9, 68; Lüthi 22; Wolfers 12/3, 16/7.

²³ Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 6.

²⁴ Sten Bull StR 1939, 385.

²⁵ Vgl. auch den Bericht des BR über die Kriseninitiative 326.

²⁶ Vgl. oben S. 20/1.

²⁷ Vgl. oben S. 21/2.

²⁸ Homburger 35/6.

sowohl um eine Preiserhöhung wie um das Festhalten an einem bei freier Konkurrenz in der bisherigen Höhe nicht mehr haltbaren Preise handeln. Der Verzicht auf Preiskonkurrenzierung kann sich entweder direkt in einer einheitlichen Gestaltung des Preises oder einzelner seiner Elemente (z. B. Skonto) oder aber indirekt in der einheitlichen Gestaltung preisbestimmender Faktoren (z. B. einer gegenseitig vereinbarten Produktionsbeschränkung) äussern²⁹. Demgemäss besteht nach unserer vorläufigen Kartelldefinition die Verpflichtung von Kartellmitgliedern darin, «sich bei der Angebots- oder Nachfragegestaltung an bestimmte einheitliche Regeln zu halten, welche geeignet sind, die Preisbildung zu beeinflussen». Kein Kartell liegt vor, wenn oder soweit als die Rationalisierung, d. h. die Senkung der Kosten zum Gegenstand einer vertraglichen Abmachung zwischen Branchenangehörigen gemacht wird³⁰. Die Rationalisierung kann allerdings eine Preissenkung und eine entsprechende Absatz- und Gewinnsteigerung bewirken³¹; es handelt sich dann aber nicht um eine Beeinflussung des Preises, sondern um seine Anpassung an die Kosten im Sinne der gemäss den Gesetzen der freien Konkurrenz nach einer gewissen Zeit zwangsläufig einsetzenden Entwicklung³². Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Kartellierung sekundär gewisse Kosteneinsparungen zur Folge haben kann (z. B. beim gemeinsamen und darum verbilligten Vertrieb des kartellierten Produkts durch ein Verkaufssyndikat)³³; der Nachweis, dass eine wirtschaftliche Organisation im Sinne der Rationalisierung wirke, schliesst darum ihren kartellistischen Charakter noch nicht aus.

Die Freiheit in der Preisfestsetzung, welche durch die Kartelle erlangt werden soll, ist innerhalb des nationalökonomischen Modells abhängig von der ausschliesslichen Beherrschung des Marktes, vom Monopol³⁴. Wenn man im Sinne der nationalökonomischen Idealtypenbildung davon aus-

²⁹ Vgl. Verfügung Nr. 3 des EVD betr. die Ueberwachung von Warenpreisen vom 10. 8. 37, Art. 1, AS 52, 642.

³⁰ Gysin, Grundlinien 377; Liefmann 46/7; Lüthi 23; Naegeli, Die Doppelgesellschaft 47; 102 ff.; Wolfers 11/3; Lang 16.

³¹ Saitzew, Organisationsprobleme 5.

³² Vgl. oben S. 20/1; a. M. Naegeli, a. a. O. 53, 60/1, der mit mehreren anderen Autoren, z. B. Lüthi 22, der Bezeichnung «Preisbeeinflussung» einen viel weiteren Inhalt als nur die Betätigung monopolistischer Preisbestimmungsfreiheit geben will, womit er sich jedoch der Möglichkeit begibt, von der Unbeeinflussbarkeit des freien Konkurrenzpreises zu sprechen; gegen eine zu weitgehende Anwendung des Ausdrucks «Preisbeeinflussung» auch Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 108.

³³ Saitzew, Organisationsprobleme 44; Böhm, Monopolkampf 61/4; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 151 ff.; Lüthi 34; abschwächend Lang 16.

³⁴ Vgl. oben S. 21/2.

geht, dass es sich bei der freien Konkurrenz und dem Monopol um kontradiktorische Begriffe handelt, erweisen sich die Kartelle als eindeutig monopolistisch. In praxi sind jedoch die freie Konkurrenz und das Monopol nur die entgegengesetzten Pole eines weiten Bereiches von verschiedenen Marktzuständen³⁵. Die Kartelle, die den Markt im Sinne des Monopolbegriffs ausschliesslich beherrschen, sind verhältnismässig selten³⁶. Auch funktionsfähige Kartelle sind oft einer erheblichen Aussenseitertätigkeit ausgesetzt, auf die sie zudem durch ihre künstliche Preispolitik immer wieder anregend wirken³⁷; so umfasste das schweizerische Müllookartell 1936 nur $\frac{2}{3}$ der Produktion und nur 100 von 330 Mühlen³⁸. Ein Kartell, dem eine Vielzahl kleiner Aussenseiter gegenübersteht, die oft nicht ungern den von ihm diktierten Preisbewegungen folgen³⁹, kann die Preisbildung wie ein Monopolist beeinflussen. Ähnlich verhält es sich, wenn ein Kartell bei seinen Mitgliedern eine Verminderung der Produktion durchsetzt, welche durch die Aussenseiter nicht wettgemacht werden kann und darum eine Preiserhöhung auslöst⁴⁰. Es folgt daraus, dass die Anwendung der Kartellbestimmung nicht vom Beweis abhängig gemacht werden kann, dass eine wirtschaftliche Organisation eine Monopolstellung innehat oder anstrebt.

Obschon eine Monopolstellung im Sinne der ausschliesslichen Beherrschung des Marktes für Kartelle nicht begriffsnotwendig ist, sind diese wenigstens ihrer Tendenz nach monopolistische Gebilde. Eine Kartellierung unter Aufrechterhaltung der freien Konkurrenz ist undenkbar, ein Monopol jedoch ist für jede Kartelleitung, wenn nicht das unmittelbare Ziel, so doch der Idealzustand. Der Zweck der Kartellierung besteht darin, «typische Nachteile der freien Konkurrenz gegen typische Vorteile des Monopols einzutauschen⁴¹». Ein Kartell kann die Preisbildung nur beeinflussen, wenn es den Markt soweit beherrscht⁴², dass die Marktgegensseite zu einem erheblichen Teil auf seine Mitglieder angewiesen ist und nicht

³⁵ Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 103, 105; Marbach, Kartelle, Trusts und Sozialwirtschaft 101.

³⁶ Marbach, Ueber das Kartell 10/11; derselbe, Hdb.

³⁷ Feldmann 60; Liefmann 82.

³⁸ Aebi 6.

³⁹ Eucken 115/6; Lang 10.

⁴⁰ Jöhr 166.

⁴¹ Eggmann 75.

⁴² Viele Autoren sprechen von Marktbeeinflussung. Es handelt sich jedoch nur um terminologische Unterschiede; vgl. Naegeli, Die Doppelgesellschaft 60/1.

auf die günstigeren Offerten der Aussenseiter ausweichen kann¹³. Die Notwendigkeit für die Kartelle, den Markt im soeben umschriebenen Sinne zu beherrschen, manifestiert sich in der oft heftigen Aussenseiterbekämpfung, dem sogenannten äusseren Organisationszwang, dessen Anwendung durch eine wirtschaftliche Organisation ein bedeutsames Indiz für das Bestehen eines Kartells oder eines ähnlichen Gebildes sein kann¹⁴.

Ob es der Zweck einer Vereinbarung mehrerer Branchenangehöriger ist, den Preis zu beeinflussen¹⁵, ist auf Grund ihrer Ueberprüfung nach objektiven nationalökonomischen Gesichtspunkten festzustellen; ein Kartell liegt dann vor, wenn die fragliche Vereinbarung «nach Prüfung aller Umstände erfahrungsgemäss preisbeeinflussende Wirkungen auslösen wird¹⁶», wenn also, um die Formel unserer vorläufigen Kartelldefinition zu gebrauchen, die gemeinsam einzuhaltenden Marktverhaltensregeln zur Preisbeeinflussung «geeignet» sind. Die in den Kartellverträgen oder -statuten selbst enthaltenen Angaben über ihren Zweck, die oft nur der Verschleiern dienen, sind nicht massgeblich^{16a}. Der Zweck der Preisbeeinflussung ergibt sich oft eindeutig aus der Natur der Vereinbarung als solcher, wie z. B. bei einem Preiskartell, dessen Mitglieder sich direkt zur Einhaltung eines bestimmten Minimaltarifs verpflichten¹⁷; die gemeinsame Verabredung eines Minimaltarifs ist bei objektiver Betrachtung nur gerade für die Preisbeeinflussung geeignet. In solchen Fällen erübrigt sich der zusätzliche Nachweis der Anwendung äusseren Organisationszwanges oder der Erreichung eines bestimmten Grades der Marktbeherrschung; die von der Behandlung ihrer Organisation als Kartell Betroffenen bezeugen durch ihre Mitgliedschaft selbst, dass sie den Markt in einem zur Preisbeeinflussung genügenden Ausmass beherrschen oder doch innert nützlicher Frist zu beherrschen hoffen, weil sie sich zur Einhaltung eines vom Konkurrenzpreis abweichenden und für ihre Marktpartner ungünstigeren monopolistischen Preises vernünftigerweise nur in der Annahme ver-

¹³ Vgl. oben S. 21/2; Liefmann 9; Böhm, Monopolkampf 43; Saitzew, Horizontal und Vertikal 7 (Quasi-monopol); Eggmann 74; Feldmann 58; Lüthi 22.

¹⁴ Böhm, Monopolkampf 6/8, 49/50, 91; Liefmann 92; Aebi 11/8; Naegeli, a.a.O. 51/2; Brunner 6/7; Lang 1, Anm. 2.

¹⁵ Vgl. die Definition der Preisbildungskommission, oben S. 6.

¹⁶ Urteil des deutschen Kartellgerichtes vom 18. 12. 30 auf Grund des § 1 der unserer Kartellbestimmung weitgehend entsprechenden Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. 11. 23; vgl. Kartellrundschau 1931, 189. Hug spricht von den «typischen Verpflichtungen», die eine wirtschaftliche Organisation zum Kartell stempeln.

^{16a} BGE 33 II 99, 62 II 99.

¹⁷ Haussmann, Kartellbegriff 11.

pflichten konnten, dass letztere zu einem erheblichen Teil auf sie angewiesen seien und keine wesentliche Abwanderung zu aussenstehenden Konkurrenten erfolge. Andere Vereinbarungen, so z. B. jene über die Zentralisation des Verkaufs eines von mehreren Produzenten hergestellten Produkts, eignen sich als solche sowohl für die Preisbeeinflussung wie für die Rationalisierung; in diesen Fällen muss zur Unterscheidung der Kartelle von den ausschliesslich auf die Rationalisierung gerichteten, sogenannten Zweckgemeinschaften ⁴⁸ die Marktstellung der fraglichen wirtschaftlichen Organisation berücksichtigt werden ⁴⁹. Entgegen der Ansicht von Tanner ^{49a} erscheint es nicht zulässig, ausschliesslich vom Eintritt der Wirkung als solcher, d. h. von dem vom Konkurrenzpreis abweichenden Preisstand auf das Vorliegen eines Kartells zu schliessen, denn das Preisgleichgewicht kann zumindest vorübergehend auch unter Aufrechterhaltung der freien Konkurrenz, so z. B. durch eine nicht-monopolistische gemeinsame Verkaufsstelle, gestört werden (vgl. oben S. 21). In erster Linie ist zu untersuchen, ob die konkrete Vereinbarung entweder selbst die Anwendung äusseren Organisationszwanges vorsieht oder ob dieser von Organen oder Mitgliedern systematisch angewendet wird. Trifft das eine oder das andere zu, ist also die Absicht der fraglichen wirtschaftlichen Organisation, den Markt zu beherrschen, an ihren eigenen Massnahmen erkennbar, muss auf das Vorliegen eines Kartells geschlossen werden ⁵⁰, denn die Marktbeherrschung ist nur für die Preisbeeinflussung, nicht aber für die Rationalisierung Voraussetzung ⁵¹. In zweiter Linie, d. h. wenn der Kartellcharakter einer an sich sowohl für die Rationalisierung wie für die Preisbeeinflussung geeigneten Vereinbarung nicht aus Monopolkampfmassnahmen hervorgeht, muss darauf abgestellt werden, ob die fragliche wirtschaftliche Organisation den Markt bereits tatsächlich in genügendem Ausmass beherrscht, wobei jedoch der Richter oder der Verwaltungsbeamte infolge des Fehlens allgemeingültiger Massstäbe ⁵² bei der Bestim-

⁴⁸ Friedländer 16; Naegeli, a.a.O., 104.

⁴⁹ Naegeli, a.a.O., 50.

^{49a} Tanner 56.

⁵⁰ Naegeli, a.a.O., 62; Lang 1, Anm. 1.

⁵¹ Naegeli, a.a.O., 52. Keine Marktbeherrschung liegt bei einem Oligopol vor, bei dem sich zwar, da sich nur wenige Konkurrenten gegenüberstehen, kein Gleichgewichtspreis bildet, bei dem jedoch kein Marktteilnehmer ohne Rücksicht auf die Konkurrenz handeln kann, sondern sich vielmehr reaktiv verhalten muss; vgl. Böhler, Grundlehren 201; Eucken 125; Lang 11/2.

⁵² Betr. die Divergenz in den Schätzungen über den notwendigen Anteil am Gesamtangebot vgl. Tanner 65. Im Falle U.S. v. Aluminium Co. of America (Alcoa) (1945) 148 F.2nd 416 et seq. wurde ausgeführt: «A share of over

mung des im konkreten Fall notwendigen Grades der Marktbeherrschung auf erhebliche Schwierigkeiten stossen wird⁵³. Es ist allerdings denkbar, z. B. wenn die zwei einzigen Hersteller zweier Produkte verabreden, sich künftig auf die Herstellung je eines Produktes zu spezialisieren⁵⁴, dass einer sowohl für die Preisbeeinflussung wie für die Rationalisierung geeigneten Vereinbarung nur zufällig die Mehrzahl oder sogar die Gesamtheit der in Frage stehenden Marktteilnehmer angeschlossen ist, während tatsächlich ausschliesslich eine Kostensenkung erstrebt wird; in einem solchen, wohl eher seltenen Falle ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Kartellbetimmung erst anwendbar wird, wenn zu den Kartellbegriffsmerkmalen, die hier auf Grund des objektiven Sachverhaltes als gegeben angesehen werden müssen, schädliche kartelltypische Wirkungen treten, ein Erfordernis, das die Gefahr der Behinderung kollektiver Rationalisierungsmassnahmen weitgehend ausschaltet⁵⁵.

III. DER GEGENSTAND DER KARTELLBINDUNG

Gegenstand kartellistischer Verpflichtungen können, einzeln oder in beliebiger Kombination⁵⁶, alle Funktionen der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmers sein, welche für die Preisbeeinflussung von Bedeutung sind⁵⁷. Die Nationalökonomie teilt die Kartelle je nach Richtung und Umfang der Einschränkung der Handlungsfähigkeit ihrer Mitglieder in verschiedene Kartellarten ein, die hier, um dem Tatbestand der Preisbeein-

ninety percent is enough to constitute a monopoly; it is doubtful whether sixty or sixty-four percent would be enough; and certainly thirty-three percent is not.»

⁵³ Naegeli, a.a.O., 51.

⁵⁴ Deutsche Gewerkschaften 13 (sog. Programmabstimmung).

⁵⁵ Tanner 67/8.

⁵⁶ Einzelne Autoren, z. B. Friedländer, 11, und Mislin, 8, sind der Auffassung, dass ein Kartell jeweils nur einzelne Elemente der Unternehmertätigkeit erfassen könne; sie geben also der Selbständigkeit der Kartellmitglieder, welche das Unterscheidungsmerkmal gegenüber den Trusts bildet (vgl. oben S. 23), einen materiellen Inhalt. Obschon diese Auffassung in den meisten (aber eben nicht unbedingt in allen) Fällen den Tatsachen entspricht, muss im Interesse begrifflicher Klarheit die Selbständigkeit der Kartellmitglieder ausschliesslich als eine formelle, d. h. in einer bestimmten Rechtsform der Zusammenfassung begründete Erscheinung aufgefasst werden (vgl. unten IV). Von einer begriffsnotwendigen materiellen Selbständigkeit der Kartellmitglieder kann nur insofern gesprochen werden, als ein Kartell ausschliesslich die für die Preisbeeinflussung bedeutungsvollen Unternehmerrfunktionen erfassen kann; auch diese für ein Kartell nicht antastbare Selbständigkeit kann jedoch durch die Mitgliedschaft bei weiteren, oft sogar mit Kartellen verschmolzenen wirtschaftlichen Organisationen verloren gehen.

⁵⁷ Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 6.

flussung ein gewisses Relief zu geben, summarisch angeführt werden sollen⁵⁸. Der Prototyp des Kartells ist das Preiskartell, das den Mitgliedern direkt die Einhaltung eines bestimmten Preises vorschreibt. Eng verwandt und oft kombiniert mit ihm ist das Konditionenkartell, das einheitliche Regeln für die Skonto- und Rabattgewährung, die Zahlungsfristen usw. aufstellt⁵⁹. Zusammen mit den Preis- und Konditionenkartellen sind auch die Kalkulationskartelle zu nennen, welche die Preisberechnung, insbesondere die Unkostensätze vereinheitlichen sollen⁶⁰. Neben der Gruppe von Kartellen, die den Preis oder einzelne seiner Elemente direkt einheitlich regeln, gibt es andere, die den Preis nur indirekt beeinflussen. Der Preis kann durch die Einschränkung der Produktion, durch die Bildung von Produktionskartellen, beeinflusst werden, sei es durch eine direkte Einschränkung, wie bei einem Kontingentierungskartell, das jedem Mitglied eine bestimmte Produktionsmenge oder -quote zubilligt, sei es durch eine Beschränkung der Maschinenzahl, der Arbeitskräfte usw. Der Preis kann aber auch durch die Aufteilung des Marktes in einzelne, je einem Mitglied ausschliesslich zugängliche Rayons beeinflusst werden, d. h. durch die Bildung von Gebietskartellen oder den Abschluss von Kundenschutzverträgen. Bei allen erwähnten Kartellarten, mit Ausnahme des Gebietskartells vielleicht, geht der Kartellcharakter eindeutig aus der Art der Verpflichtung als solcher hervor, ohne Rücksicht auf die Anzahl der ihr unterworfenen Marktteilnehmer. Anders verhält es sich, wie oben dargelegt⁶¹, mit den Verkaufskartellen, bei denen eine zentrale Syndikatsstelle als Verkäufer auftritt, wobei die Selbständigkeit der Mitglieder auf eine ausschliesslich exekutive Tätigkeit zusammenschrumpfen kann (vgl. Anm. 56), während das Syndikat alle kaufmännischen und oft sogar technischen Dispositionen trifft und den Gewinn nach einem bestimmten Schlüssel an die Mitglieder verteilt; im letzteren Fall spricht man von einem Gewinnverteilungskartell. Keine eigentlichen Kartelle sind die soge-

⁵⁸ Vgl. den ausführlichen Katalog bei Feldmann 24 ff.; die nationalökonomische Einteilung der Kartelle sagt über ihre Wirksamkeit und für ihre rechtliche Behandlung allerdings nicht viel aus; vgl. Lüthi 24; Marbach, Ueber das Kartell 27/8; Schärer 13.

⁵⁹ Marbach, a.a.O., 28; Preisbildungskommission, a.a.O., 6; Aeberhard 11/2. Der Umstand, dass die Vereinheitlichung der Konditionen nicht nur der Preisbeeinflussung, sondern auch der Rationalisierung dienen kann, ändert nichts an ihrem Kartellcharakter (vgl. oben S. 25); a. M. Liefmann 12/3.

⁶⁰ Haussmann, in «Wirtschaftliche Konzentration» 154, spricht ihnen die Kartellqualität ab, mit der Begründung, sie seien vorwiegend auf die Rationalisierung gerichtet.

⁶¹ Vgl. oben S. 28.

nannten Patentverwertungskartelle, deren Mitglieder aktuelle oder virtuelle Patentinhaber sind, die sich zur gegenseitigen, ausschliesslichen Ueberlassung von Lizenzen verpflichten: das Monopol ist hier bereits in den Patenten enthalten und nicht erst das Ergebnis des Zusammenschlusses ihrer Inhaber⁶². Nur dem Namen nach Kartelle sind auch die sogenannten Fertigungskartelle, deren Mitglieder sich verpflichten, ihre Produktion zu «normen» oder auf bestimmte Typen zu beschränken⁶³; solche Organisationen sind an sich eindeutig auf die Rationalisierung und nicht auf die Preisbeeinflussung gerichtet. So wurde eine Vereinbarung zwischen den Motorlastwagenfirmen Saurer und Berna über die Vereinheitlichung der Konstruktionstypen von der Preisbildungskommission nicht als Kartell betrachtet⁶⁴. Typisierungs- und Normenvereinbarungen können jedoch kartellistischen Charakter annehmen, wenn sie, durch Reduzierung und Stabilisierung der zu erfassenden Positionen, die Durchführung von Minimalpreisvereinbarungen erleichtern sollen⁶⁵. Von den Kartellen streng zu unterscheiden sind jene Organisationen, die nicht in die auf den Markt und den Preis bezogene wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder eingreifen, sondern andere, die Branche allgemein interessierende Aufgaben erfüllen sollen, wie z. B. die Vertretung der Berufsinteressen gegenüber dem Staat, die allgemeine Werbung, die Nachwuchsschulung usw., also die sogenannten Wirtschafts- oder Berufsverbände⁶⁶. Es ist jedoch zu beachten, dass mit den Wirtschaftsverbänden häufig Kartellbestimmungen organisatorisch verbunden sind, dass also eine wirtschaftliche Organisation zugleich Kartell und Berufsverband sein kann⁶⁷. In solchen Fällen ist die Kartellbestimmung insoweit anwendbar, als die Satzungen der betreffenden Organisationen zur Preisbeeinflussung geeignet und zudem auf sie zurückgehende kartelltypische Wirkungen festzustellen sind⁶⁸; keine

⁶² Liefmann (7. A. Stuttgart 1927) 50.

⁶³ Liefmann 46 ff.; a. M. Feldmann 30.

⁶⁴ Preisbildungskommission, Sonderheft 35, 23,

⁶⁵ Vgl. das von der Preisbildungskommission, Sonderheft 31, 31, angeführte Beispiel der Convention Chocolatière Suisse.

⁶⁶ Die deutsche Literatur und in Anlehnung an sie einzelne Schweizer Autoren, wie z. B. Feldmann 19, sprechen von Berufsvereinen im Gegensatz zu den Kartellen, die als Berufsverbände bezeichnet werden, eine Terminologie, die mit dem heutigen schweizerischen Sprachgebrauch nicht übereinstimmt; gl. M. Roos 14/5.

⁶⁷ Marbach, Ueber das Kartell 24 5; NR-Kommission, Protokoll 1. Session vom 24/7. I. 38, 76; NZZ Nr. 2480/1950. NR Tschumi hatte also mit seiner Behauptung, dass die Wirtschaftsverbände keine Kartelle seien (Sten Bull NR 1935, 262) nur bedingt recht.

⁶⁸ Auf die Frage, wie bei der Bekämpfung eventueller schädlicher kartellmässiger Auswirkungen solcher Organisatoren letztere in ihrer legitimen Tätigkeit als Berufsverbände geschützt werden können, ist erst später einzutreten.

Grundlage in der Kartellbestimmung würde z. B. die Auflösung einer wirtschaftlichen Organisation haben, die ihren Mitgliedern als Kartell zwar Minimalpreise, aber in einem vernünftigen Rahmen, vorschreibt, die jedoch als Berufsverband eine sozial verhängnisvolle Nachwuchspolitik betreibt.

Kartelle sind grundsätzlich in allen Wirtschaftszweigen und -gruppen denkbar; die Frage, von der bei der Bestimmung des Kartellbegriffs im besonderen und des Monopolbegriffs im allgemeinen ausgegangen wird, nämlich, ob der Wert einer wirtschaftlichen Leistung durch den Wettbewerb vieler Konkurrenten, also objektiv ⁶⁹, bestimmt werde, oder durch einen marktbeherrschenden Willen, also willkürlich ⁷⁰, stellt sich für alle wirtschaftlichen Leistungsarten, deren gegenseitiges wertmässiges Verhältnis ja auch nur wieder bei freier Konkurrenz objektiv bestimmt werden kann ⁷¹, in der gleichen Weise. Die in der Literatur vereinzelt anzutreffenden, wohl von der marxistischen Konzentrationstheorie inspirierten Versuche ⁷², einzelne oft als schwächer eingeschätzte Wirtschaftsgruppen, wie die Landwirtschaft, das Kleingewerbe, die freien Berufe und die Konsumenten, dadurch besonders zu schützen, dass die von ihnen ausgehenden preisbeeinflussenden Organisationen vom Kartellbegriff und damit von der staatlichen Kontrolle und Intervention von vornherein ausgeschlossen werden, mit der Begründung, sie seien nicht kapitalistisch, sondern im Gegenteil gerade gegen die «Machtkumulationen des Kapitalismus» gerichtet, also rein defensiver Natur, sind gänzlich ungerechtfertigt ⁷³. Schon in seinem Bericht über das Volksbegehren zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Krise und Not (Kriseninitiative) vom 6. März 1935 wandte sich der Bundesrat gegen die Tendenz, «die Kartellkontrolle nur auf ausgewählte Kartelle zu erstrecken, so dass z. B. Kartelle oder kartellähnliche Organisationen der sogenannten «Arbeitsbürger» oder der kleinhändlerischen und gewerblichen Kreise nicht darunter fielen und nur Kartelle von «Finanzkapitalisten» zu kontrollieren wären. «Nach unserer Ansicht», führte er damals aus, «müsste eine Kartellkontrolle grundsätzlich eine allgemeine sein, d. h. sich unter gewissen Voraussetzungen auf

⁶⁹ Vgl. oben S. 20/1.

⁷⁰ Vgl. oben S. 21/2.

⁷¹ Mead 58.

⁷² Mislin 12; Gysin Grundlinien 367.

⁷³ Zugegeben sei allerdings, dass die Unterstellung der erwähnten Wirtschaftsgruppen unter die Kartellbestimmung praktisch wenigstens vorläufig keine grosse Wirkung haben wird.

alle Kartelle und kartellähnlichen Gebilde beziehen. Alles andere führt zu Willkürlichkeit und Ungerechtigkeit und ist eine schwere Bedrohung der Rechtsgleichheit⁷¹.» Der Präsident der Preisbildungskommission, Prof. Marbach, betonte in seinem Referat über das Kartellproblem an der Jahresversammlung der Schweizerischen Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft 1951, dass die Kartelle keine spezifisch kapitalistische Erscheinung seien⁷². Es interessiert die Gemeinschaft ebenso sehr, wenn der Brotpreis durch eine Koalition vieler kleingewerblicher Bäckermeister künstlich hochgehalten wird, wie wenn dies durch den Zusammenschluss einiger kapitalistischer Grossbäckereien geschieht. In beiden Fällen besteht die gleiche, dem Kartellproblem ja eben gerade zugrunde liegende Gefahr, dass ungerechtfertigte Gewinne erzielt werden und die durch Rationalisierung möglich werdende Verbilligung verhindert wird. Es ist allerdings möglich, dass sich der Zusammenschluss kleiner Bäckermeister als sozial wünschenswert erweist: diese Möglichkeit ist aber im Vergleich zu den mit der künstlichen Preisbeeinflussung verbundenen Gefahren zweitrangiger Natur und nicht schon bei der primären Frage nach dem Bestehen oder Nichtbestehen des Kartells, sondern erst bei der sekundären Frage nach seiner Schädlichkeit zu berücksichtigen⁷³. Die durch die massgebende Verwendung von Kapital bedingte Konzentration der Produktion in einigen wenigen Betrieben und das mit dem Kapitaleinsatz zunehmende Risiko lassen allerdings die Wirtschaftszweige mit kapitalistischem Charakter als zur Kartellierung besonders prädestiniert erscheinen⁷⁴; es gibt jedoch auch bei den sogenannten schwachen Wirtschaftsgruppen genügend viele Beispiele für straffe, die Preisbildung wirksam beeinflussende Organisationen⁷⁵.

Die Kartellbildung ist nicht auf den Warenmarkt beschränkt: sie kann auch den Geld-, den Versicherungs-, den Transportmarkt usw. erfassen⁷⁶. So fallen z. B. auch die Bankenkartelle unter den Kartellbegriff der Kartellbestimmung⁷⁷. Von der Beeinflussung der Konditionen für die Kredit-

⁷¹ BBl 1935 I 327.

⁷² Kartellproblem 215/7.

⁷³ Gl. M. Tanner 74.

⁷⁴ Darum behandeln viele Autoren die Kartellierung als Begleiterscheinung des Industrialismus; vgl. z. B. Saitzew, Horizontal und Vertikal 7; derselbe, Organisationsprobleme 6/8; Küng 74/8; Lang 3/4.

⁷⁵ Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 4; Lüthi 56; Eggmann 59.

⁷⁶ Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 3/4; Lüthi 59; Mislin 7.

⁷⁷ Für den Erlass von Vorschriften über Bankenkartelle in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit könnte man sich nicht etwa auch auf BV 31 quater berufen; vgl. Nef, HGF 17; Fleiner/Giacometti 294/5; Marti 92/3.

gewährung und Geldaufnahme durch Bankenkartelle ist jedoch streng der Einfluss auf den Wirtschaftsablauf zu unterscheiden, der den einzelnen Banken ohne Rücksicht auf die Ordnung ihrer gegenseitigen Beziehungen vermöge ihrer Natur als Geldgeber nach dem Grundsatz «Wer bezahlt, befiehlt» zukommt; der in der abgelehnten Motion Reinhard vom 12. April 1933⁸¹ gerügte Umstand, dass die «Bankmagnaten» die Hälfte des gesamten Volksvermögens ausschliesslich nach Massgabe ihres Privatinteresses verwalten, hat weder mit der Kartellierung noch mit einer anderen Monopolbildung etwas zu tun, und der Antrag des Motionärs, die Banken seien wegen ihres Einflusses auf die Volkswirtschaft den Kartellen gleich zu stellen, läuft auf eine gefährliche Vermischung der Begriffe hinaus⁸².

Unglücklicherweise wird die Universalität des Kartellbegriffs in bezug auf die von ihm erfassten Arten wirtschaftlicher Leistung in einer Richtung, der des Arbeitsmarktes, durchbrochen. Die Gewerkschaften und Angestelltenverbände sind nach herrschender Lehre kein Kartelle⁸³. Nach der massgebenden Definition der Preisbildungskommission⁸⁴ können nur Organisationen der «Unternehmer» Kartelle sein. Der Verfassungsgesetzgeber hat sich dieser Auffassung stillschweigend angeschlossen: wenn er im Gegensatz zur herrschenden Lehre und zur Definition der Preisbildungskommission, von der er selbst ausgegangen ist, die marktbeherrschenden Zusammenschlüsse der Arbeitnehmer mit dem Zweck der Lohnerhöhung als Kartelle im Sinne der Kartellbestimmung hätte betrachten wollen, so hätte das durch entsprechende Aeusserungen in den Kommissionen oder im Parlamentsplenum zum Ausdruck gebracht oder in der bundesrätlichen Botschaft vorgeschlagen werden müssen. Angesichts der heutigen politischen Konstellation ist anzunehmen, dass der Versuch, die Arbeitnehmerorganisationen unter den Kartellbegriff zu subsumieren, einen Redesturm sondergleichen hervorgerufen hätte: die Kartellbestimmung ist jedoch, wie in der Einleitung bereits dargelegt, fast diskussionslos in die neuen Wirtschaftsartikel aufgenommen worden. Es steht demnach fest, dass eine staatliche Intervention gegenüber der Tätigkeit der Gewerkschaften und Angestelltenverbände, auch dort, wo ihr Charakter eindeutig monopolistisch ist, in der Kartellbestimmung keine Stütze finden

⁸¹ Sten Bull NR 1933, 319 ff.

⁸² StR-Kommission, Protokoll von der 6. Session vom 31. 5. 39, 4 (Wettstein).

⁸³ Vgl. Z. B. Liefmann 17; Schärer 3/4; Feldmann 13; Lüthi 23; Mislin 12.

⁸⁴ Vgl. oben S. 24.

könnte⁸⁵. Das gleiche gilt sinngemäss für die Arbeitgeberorganisationen, welche die Nachfrageseite des Arbeitsmarktes beherrschen⁸⁶; der Verfassungsgesetzgeber konnte angesichts der in der Schweiz herrschenden Vorstellungen über die Kartelle keinesfalls beabsichtigen, reine Arbeitgeberorganisationen stillschweigend als Kartelle im Sinne der Kartellbestimmung zu behandeln, wenn auch die Fassung des Kartellbegriffs durch die Preisbildungskommission, die unter der Voraussetzung, dass man den Lohn als eine Art Preis auffassen kann, zu weit ist, die Subsumierung von Unternehmervverbänden auf dem Gebiet des Arbeitsmarktes zulassen würde⁸⁷. Die Immunität der marktbeherrschenden Organisationen des Arbeitsmarktes gegenüber den gegen die Kartelle gerichteten staatlichen Massnahmen kommt einer ungerechtfertigten Privilegierung gleich, die auf jeder Kartellgesetzgebung als schwere Hypothek lasten wird. Die Gründe, welche oben gegen die kartellpolitische Sonderbehandlung gewisser nicht ausgeprägt kapitalistischer Wirtschaftsgruppen angeführt wurden⁸⁸, sprechen in vollem Umfange auch gegen das Herausbrechen des Faktors «Arbeit» aus dem auch in der Kartellpolitik als Einheit zu behandelnden System wirtschaftlicher Leistungsarten⁸⁹; dies insbesondere, wenn auf die soziale Nützlichkeit der Arbeitsmarktorganisationen Rücksicht genommen wird, wie das bei der Kartellbestimmung dank dem Erfordernis der Kartellschädlichkeit der Fall ist. Es ist sehr gut denkbar, dass das Lohnniveau durch marktbeherrschende Gewerkschaften auf eine für die Volkswirtschaft ungesunde Höhe gehoben wird: dabei sind es gar nicht immer die Unternehmer und Kapitalisten, welche die unangenehmen Folgen der Uebersteigerung des Lohnniveaus zu tragen haben, sondern oft in erster Linie die schwächsten Volksschichten als Konsumenten, auf welche die erhöhten Lohnkosten abgewälzt werden⁹⁰.

Ein Kartell kann sich, wie bereits vorausgesetzt, ebenso gut auf die Nachfrage wie auf das Angebot beziehen. In der Literatur wird fast ausschliesslich der Standpunkt vertreten, dass es keinen Unterschied aus-

⁸⁵ A. M. Tanner 75.

⁸⁶ Schärer 7.

⁸⁷ Ein Kartell wäre jedoch freilich jene marktbeherrschende Vereinigung von Unternehmern, welche darauf abzielt, durch eine Beschränkung in der Beschäftigung von Arbeitskräften eine Produktionsverminderung und -kontingentierung herbeizuführen.

⁸⁸ Vgl. oben S. 32/3.

⁸⁹ Vgl. Tanner 72/5 und die dort angeführte Literatur; Mead 70; Liefmann 121; a. M. Marbach, Antimonopolistische Intervention 230.

⁹⁰ Hayek 244/5; Liefmann 100.

make, ob der Preis einer wirtschaftlichen Leistung von ihren Anbietern oder von ihren Nachfragen künstlich beeinflusst werde⁹¹; da anlässlich der Schaffung der Kartellbestimmung keine gegenteilige Meinung geäußert wurde, geschweige denn durchgedrungen wäre, muss angenommen werden, dass auch der Kartellbegriff der Bundesverfassung alle Nachfragekartelle einschliesst. Obschon die Nachfragekartelle seltener sind, gibt es doch auch aus neuerer Zeit Beispiele, die beweisen, dass ihre Berücksichtigung nicht nur von akademischem Interesse ist⁹²; zu beachten ist insbesondere, dass die Ausschaltung der freien Konkurrenz im Einkauf, soweit es sich um Weiterverarbeiter und nicht nur um reine Konsumenten handelt, zugleich eine Erstarrung in der Angebotsgestaltung mit sich bringt⁹³.

IV. DIE FORM DER KARTELLBINDUNG

Zum Begriff des Kartells gehört es, dass die einheitlichen Regeln, an die sich seine Mitglieder zum Zwecke der Preisbeeinflussung halten müssen, rechtsverbindlich sind⁹⁴; der Rechtszwang ist für die Herrschaft über den Markt in jenen Momenten Voraussetzung, in denen das Interesse einzelner Mitglieder an der «Verschwörung gegen das Publikum» schwindet und sie wieder zum freien Wettbewerb bereit wären. Es sei allerdings darauf hingewiesen, dass ein Rechtsrahmen, so fest gefügt er immer sei, eine monopolistische Koalition auf die Dauer nie zusammenhalten kann, wenn die Gemeinsamkeit der Interessen als rein tatsächliche, wirtschaftliche Kraft zu wirken aufhört; das Mass der Rechtsverbindlichkeit bildet nach der Ansicht der Nationalökonomten keinesfalls einen verlässlichen Masstab für die Beurteilung der Wirksamkeit eines Kartells⁹⁵. Trotzdem

⁹¹ Böhler 36; Homburger 38; Schärer 7; Lüthi 23; Mislin 13. Eine andere Frage ist es, ob die Nachfragekartelle bei der Kartellgesetzgebung eine Sonderbehandlung erfahren sollen, wie das Marbach, Kartellproblem 215, vorschlägt.

⁹² Vgl. z. B. die Ausführungen bei Mislin, 14, über die Einkaufsstelle des Schutzverbandes der papierverarbeitenden Industrien der Schweiz (Eika AG).

⁹³ Aeberhard 13; Preisbildungskommission, Sonderheft 57, 25.

⁹⁴ Friedländer 11; Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 6. Gysin steht allein, wenn er unter die Kartelle auch rechtsunverbindliche Vereinbarungen mit dem Zweck der Preisbeeinflussung zählt (Grundlinien 371/2, 374); solche nur moralisch verpflichtenden Vereinbarungen sind vielmehr als nur kartellverwandt (Kartelloide) von den Kartellen zu unterscheiden; gl. M. Aeberhard 1/3; Marbach, Ueber das Kartell 27/8. Die Rechtsverbindlichkeit der Kartellvorschriften ändert selbstverständlich nichts daran, dass die Monopolstellung, die durch Kartelle angestrebt wird, faktischer und nicht rechtlicher Natur ist; vgl. oben S. 23. telle angestrebt wird, faktischer und nicht rechtlicher Natur ist; vgl. oben S. 23, 6, 35, 42.

wird sich aber bei der Frage, auf welchem Wege vom Staate her gegen schädliche organisatorisch-monopolistische Tendenzen eingegriffen werden könnte, der Gedanke aufdrängen, den schädlichen Kartellbindungen wenigstens die rechtliche Verbindlichkeit, die — nach der Gerichtspraxis zu schliessen ^{95a} — doch oft relevant wird, zu nehmen ⁹⁶. In diesem Zusammenhang verdient festgehalten zu werden, dass nach kartelljuristischer Ansicht die Formen, welche die schweizerische Rechtsordnung den Kartellen zur Verfügung stellt, für diese, sei es hinsichtlich der Publizitätspflichten, sei es mit Rücksicht auf die Austrittsmöglichkeiten, nicht sehr günstig sind ⁹⁷, wobei jedoch zu beachten ist, dass durch die Schaffung der GmbH und durch die Verlängerung der Kündigungsfristen bei der Genossenschaft anlässlich der Revision des Gesellschaftsrechts von 1936 die Möglichkeiten kartellrechtlicher Bindung stark verbessert wurden ⁹⁸, interessanterweise in einem Zeitpunkt, in dem durch den BB betreffend die Ueberwachung von Warenpreisen vom 20. Juni 1936 ⁹⁹, Art. I III, bereits Massnahmen gegen die schädliche Wirkung von Kartellen in Aussicht genommen worden waren und in dem sich die Kartellbestimmung bereits im Stadium der Vorberatungen befand ^{99a}. Der Kartellierung als einer bestimmten Art wirtschaftlicher Organisation stehen die jeweils bestehenden allgemeinen zivilrechtlichen Organisationstypen zur Verfügung; ein besonderer Kartellgesellschaftstypus existiert weder im schweizerischen noch in irgend einem ausländischen Recht ¹⁰⁰. Auf die Frage, ob und wie weit im Rahmen staatlicher Massnahmen gegen schädliche Kartellauswirkungen die Schaffung einer speziellen Zivilrechtsform für Kartelle zweckmässig und verfassungsmässig wäre, ist erst später näher einzutreten ¹⁰¹; hier sei lediglich festgehalten, dass das Bedürfnis nach rechtlicher Differenzierung bei der Kartellierung sicher nicht kleiner ist

^{95a} Vgl. z. B. BGE 62 II 32, 97.

⁹⁶ Vgl. unten § 8 V.

⁹⁷ Zoelly 202/3; Wieland 118; Tanner 53; Mislin 53 ff.

⁹⁸ Wieland 99, 124; Gysin 392/3; Kartellproblem 241 (Naegeli).

⁹⁹ AS 52, 504.

^{99a} Das zeitliche Zusammentreffen der kartellfreundlichen Gesellschaftsrechtsrevision, welche auf die 20iger Jahre zurückgeht (vgl. die entsprechende Botschaft vom 21. 2. 28, BBl 1928 I 273), mit der Schaffung einer antimonopolistischen Verfassungsbestimmung ist allerdings wohl eher zufälliger Natur; es kann aus dieser Koinzidenz aber immerhin gefolgert werden, dass die Anwendung der Kartellbestimmung im Sinne einer prinzipiell möglichst weitgehenden Unterdrückung monopolistischer Marktregelungen sich mit dem Erfordernis einer organischen Rechtsentwicklung nicht vereinbaren liesse.

¹⁰⁰ Gysin, Grundlinien 378.

¹⁰¹ Vgl. unten S. 93/4.

als bei der Verfolgung irgend welcher anderer Zwecke wirtschaftlicher Organisation und dass man darum mit der Beschränkung der Kartelle auf eine besondere Organisationsform den Verhältnissen Zwang antun würde¹⁰².

«Die Kartelle sind nach schweizerischem Recht grundsätzlich als Gesellschaften anzusehen¹⁰³.» Die grundlegende Rechtsform für Kartelle ist der einfache Gesellschaftsvertrag (OR 530 ff.)¹⁰⁴. Ein Kartell höherer Ordnung, eine sogenannte Doppelgesellschaft¹⁰⁵, entsteht, wenn neben die einfache Gesellschaft eine Aktiengesellschaft, eine Genossenschaft oder eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung tritt, welche als Syndikatsstelle mit eigener Rechtspersönlichkeit die Einhaltung der Kartellvereinbarungen kontrollieren oder diese z. B. als gemeinsame Verkaufsstelle selbst durchführen soll¹⁰⁶,¹⁰⁷. Durch die Gründung eines Vereins (ZGB 60 ff.), einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (OR 772 ff.) oder einer Genossenschaft (OR 828 ff.) können die Kartellverpflichtungen anstatt auf eine vertragliche auch auf eine statutarische Grundlage gestellt werden, sei es, dass sie direkt in den Statuten festgelegt werden, sei es, dass die Kartellorgane zu ihrer Formulierung ermächtigt werden. Die Aktiengesellschaft kommt nur für die Organisation einer Syndikatsstelle, nicht aber für die rechtliche Verankerung der eigentlichen Kartellpflichten in Frage, weil vom Aktionär neben der Einzahlungspflicht keine weiteren Leistungen verlangt werden können¹⁰⁸. Die Vereinsform findet sich bei Kartellen sehr häufig und wird von der Praxis, die bei der Ausscheidung der gemäss ZGB 59 II/60 I vom Recht zur Vereinsbildung im formellen Sinne ausgeschlossenen wirtschaftlichen Vereine nicht auf den wirtschaftlichen Zweck, sondern auf das Moment der «aktiven geschäftlichen Tätig-

¹⁰² Wieland 119/20; Tanner 51/2.

¹⁰³ Gysin, Grundlinien 378.

¹⁰⁴ Hug; Mislin 58; Gysin, Grundlinien 386.

¹⁰⁵ Vgl. darüber Naegeli, Die Doppelgesellschaft; Gysin 398.

¹⁰⁶ Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 15.

¹⁰⁷ Ob beim Bestehen einer Syndikatsstelle die Vertragspflichten der einzelnen Kartellmitglieder, wenn sie, wie das oft geschieht (vgl. Anm. 106), in die Form ein- oder zweiseitig verpflichtender Verträge zwischen Mitglied und Syndikatsstelle gekleidet werden, als individual- und nicht als gesellschaftsvertragliche Pflichten aufgefasst werden können, wie das Wieland, 116, wenigstens für Lieferungsverpflichtungen annimmt, erscheint fraglich; vgl. Gysin, Grundlinien 399/400. U. E. führen überigens beide Lösungen für die allein wichtige Frage des Rücktrittsrechts der Mitglieder praktisch zum gleichen Ergebnis, wie das z. B. aus BGE 62 II 36, 102 hervorgeht; a. M. Wieland 114/5.

¹⁰⁸ Vgl. die noch immer gültigen Ausführungen von Wieland, 87/8.

keit» abgestellt, anerkannt¹⁰⁰. Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde 1936 u. a. gerade mit der Absicht, den Kartellen entgegenzukommen, in das schweizerische Recht eingeführt¹¹⁰; sie kann einerseits im Gegensatz zur Genossenschaft eine geschlossene Mitgliederzahl aufweisen, erlaubt also m. a. W. an sich eine Politik des *numerus clausus*, und sie vermag andererseits als einzige Rechtsform die Kartellmitglieder, abgesehen vom Rücktritt aus wichtigen Gründen, auf unbestimmte Zeit zu binden; trotzdem gibt es erstaunlicherweise wenig Kartelle in der Form der GmbH¹¹¹, u. E. ein Beweis dafür, wie schwierig es sein kann, auf das Kartellwesen von der Rechtsordnung her Einfluss zu gewinnen¹¹². Die Genossenschaft mit der ihr eigentümlichen Ideologie der kollektiven Selbsthilfe ist die dem Wesen der Kartelle am meisten verwandte Gesellschaftsform¹¹³ und wird praktisch auch oft als Kartellform gewählt¹¹⁴.

Die Darstellung der Kartellrechtsformen, welche sich in praxi zu den vielfältigsten und kompliziertesten Gebilden entwickeln können, muss im Rahmen unserer Aufgabe, die Möglichkeiten staatlicher Einwirkung auf Kartelle und ähnlicher Organisationen ganz allgemein aufzuzeigen, notwendigerweise summarisch bleiben. Als Ergebnis dieser Darstellung ergibt sich für uns das allgemein gültige Merkmal, dass die Bindung der Kartellmitglieder einmal, wenigstens in einem minimalen Grade (GmbH!), zeitlich begrenzt sein muss und dass sie ferner, bei grundsätzlicher Selbstständigkeit, nur nach Massgabe ausdrücklicher selbstständigkeitsbeschränkender Vertrags- oder Statutenbestimmungen besteht, beides im Gegensatz zu den Trusts, bei denen die auf kapitalmässiger Basis erfolgende Unternehmenszusammenfassung eine grundsätzlich absolute ist¹¹⁵. Nun kann man sich allerdings fragen, ob dieser Unterschied zwischen Kartellen und Trusts — wie jede Unterscheidung zwischen ihnen überhaupt — nicht obsolet ist, wenn doch die letzteren, wie vorauszusehen ist, als Haupt-

¹⁰⁰ Vgl. z. B. BGE 62 II 34, 98/101, 76 II 282. Im Gegensatz zur Praxis befindet sich Egger ZGB 60 N 3. Gysin, Grundlinien 387, will Kartelle als Vereine nur anerkennen, wenn sie organisatorisch mit einem Berufsverband vereinigt sind.

¹¹⁰ Wieland 99, 124; Gysin, Grundlinien 395/6; BBl 1928 I 273.

¹¹¹ Tanner 53, Anm. 15.

¹¹² Der Hinweis von Mislin, 71, auf eine «weitergehende Publizitätspflicht» bei der GmbH ist u. E. nur z. T. richtig, weil zwar sämtliche Mitglieder im HReg. aufgeführt werden müssen (OR 781 Ziff. 4), der Inhalt der Kartellverpflichtungen jedoch, was viel wichtiger ist, durch Schaffung eines besonderen Reglements vollständig geheimgehalten werden kann (OR 777 Ziff. 2).

¹¹³ BGE 76 II 294; Friedländer 15; Böhler, Grundlehren 31.

¹¹⁴ BGE 57 II 263; 58 II 219; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 4.

¹¹⁵ Böhler 34; Feldmann 15/8; Friedländer 11/4; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 100; Liefmann 14; Saitzew, Vertikal und Horizontal 8/9.

repräsentanten der «ähnlichen Organisationen» in der Kartellbestimmung den Kartellen vollständig gleichgestellt sind; demgegenüber ist zu beachten, dass erstens die Notwendigkeit für die Kartelle, die Pflichten ihrer Mitglieder ausdrücklich zu normieren, die Feststellung von monopolistischen Preisbeeinflussungen für die Behörden, denen die Handhabung der Vorschriften gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen anvertraut ist, erleichtert wird¹¹⁶ und dass sich zweitens angesichts der grundsätzlichen Selbständigkeit der Kartellmitglieder und der (wenigstens virtuellen) zeitlichen Begrenztheit ihrer Bindung die eventuelle Auflösung eines Kartells unverhältnismässig viel leichter gestaltet als die Auflösung eines Trusts — alles Umstände, welche eine unterschiedliche Behandlung der Kartelle und Trusts in der Ausführungsgesetzgebung zur Kartellbestimmung als ratsam erscheinen lassen^{117, 118, 119}.

V. SEKUNDÄRE KARTELLVEREINBARUNGEN (DER ÄUSSERE ORGANISATIONSZWANG)

Jeder Inhaber einer faktischen Monopolstellung muss sie, sofern er sie zur Preisbeeinflussung behaupten und ausnützen will, immer wieder gegen Aussenseiter, welche er durch seine künstliche Preispolitik paradoxerweise selbst stets von neuem zu ihrer Tätigkeit anregt, verteidigen, denn jegliche Preisunterbietung¹²⁰, jede Missachtung von Produktionsbeschränkungen usw. müsste seine Marktherrschaft auf die Dauer in Frage stellen¹²¹. An die eigentliche Preisbeeinflussung im Verhältnis zu den Abnehmern, die Ausnützung der Monopolstellung, schliesst sich also, notwendig mit ihr verbunden, das monopolistische Vorgehen gegenüber den aussenstehenden Konkurrenten, der mit monopolistischen Mitteln unternommene Versuch zur Erhaltung der Monopolstellung (Monopolkampf), an, bei dem die Preisbeeinflussung jedoch, wenn nicht mehr unmittelbarer,

¹¹⁶ Vgl. oben S. 27 ff.

¹¹⁷ Vgl. über die mit einer solchen Auflösung verbundenen Schwierigkeiten z. B. den Artikel «Die Neuordnung der westdeutschen Stahlindustrie» in NZZ Nr. 56/1951; ferner Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung 363/5.

¹¹⁸ Auch die neuesten deutschen Kartellgesetzentwürfe sehen eine Sonderbehandlung der Trusts vor; vgl. z. B. deutsche Gewerkschaften 38, 41 ff.

¹¹⁹ Für eine gesonderte gesetzgeberische Behandlung der Trusts sprechen auch materielle Unterschiede zwischen Kartellen und Trusts; vgl. unten S. 62.

¹²⁰ Um der Vereinfachung willen wird im folgenden stets von den Verhältnissen bei Angebotsmonopolen ausgegangen; sämtliche Ausführungen gelten entsprechend auch für Nachfragemonopole.

¹²¹ Vgl. oben S. 27, Anm. 44.

so doch mittelbarer massgebender Zweck ist ¹²². Die Bekämpfung von Konkurrenten ist allerdings an sich der natürliche Ausfluss der freien Konkurrenz und hat mit der monopolistischen Preisbeeinflussung nichts zu tun; soweit der Konkurrent durch Leistungswettbewerb ¹²³, d. h. durch den Versuch, «den andern mit seinen Leistungen zu überbieten» ¹²⁴, ausgeschaltet werden soll, handelt es sich beim Konkurrenzkampf geradezu um das Lebenselement der freien Konkurrenzwirtschaft. Preisbeeinflussende Monopolisten werden aber, wenn sie es bleiben wollen, die Beseitigung von Aussenseitern nicht auf dem Wege des Leistungswettbewerbs herbeiführen, da sie sich damit zusammen auf den Boden der freien Konkurrenz begeben und also nicht mehr als preisbeeinflussende Monopolisten handeln würden ^{124a}: sie werden vielmehr, unter Ausnützung ihrer marktbeherrschenden Stellung, durch die Mittel des Behinderungswettbewerbs ¹²⁵, d. h. nicht durch eigene bessere Leistungen, sondern durch die Verhinderung der fremden Leistung mittels künstlicher Zwangsmittel ¹²⁶, die Vernichtung, eventuell den Aufkauf des Aussenseiters zu erreichen suchen (wobei dann durch die Verkleinerung des Angebots der Preis in primärer Weise beeinflusst wird) oder, wenn es sich z. B. um ein Kartell handelt, seine Eingliederung in die monopolistische Organisation, die Mitbeteiligung an der Preisbeeinflussung erzwingen wollen; im letzteren Fall spricht man vom äusseren Organisationszwang im eigentlichen Sinne des Wortes. Eine marktbeherrschende Organisation kann ihre Lieferanten ¹²⁷ und Abnehmer, die zusammen zu einem wesentlichen Teil von ihr abhängig sind, zur Verhängung des Boykotts ¹²⁸ über den Aussenseiter zwingen und diesen so jede Tätigkeit verunmöglichen; meist unterstützen die Lieferanten und Abnehmer (sofern es sich nicht um die letzten Konsumenten handelt) eine

¹²² Wolfers 71/8.

¹²³ Böhm, Monopolkampf 73.

¹²⁴ BGE 52 II 381.

^{124a} Böhm, Monopolkampf 74; von Dam 53. Soweit preisbeeinflussende Organisationen zwecks Ausschaltung der Aussenseiter wider Erwarten zu den Mitteln des freien Konkurrenzkampfes greifen, soweit sie also z. B. die Preise eines Aussenseiters unterbieten, ohne jedoch das künstliche Zwangsmittel des Verlustpreises anzuwenden, unterstehen sie der Kartellbestimmung nicht; von Dam 59/60; a. M. Tanner 88.

¹²⁵ Böhm, Monopolkampf 75; von Dam 55 ff.

¹²⁶ Pra 21, 364.

¹²⁷ Darunter sind auch die Kreditinstitute, Transportanstalten, Arbeitnehmer usw. zu verstehen.

¹²⁸ BGE 76 II 285: «Das Wesen des Boykottes besteht in der organisierten Meidung eines Gewerbetreibenden, mit dem Zwecke ihn zu einem bestimmten aktiven oder passiven Verhalten zu veranlassen oder ihn für ein solches zu massregeln.» Vgl. ferner Homburger 50; Deschenaux 129/37.

preisbeeinflussende Organisation sogar recht gerne, weil sie mit einer günstigen Wirkung für ihre eigenen Preise, oft auch mit der Gewährung des Gegenrechts, der Unterstützung im Kampf gegen eigene Aussenseiter rechnen können¹²⁹. Dem Boykott ist das Dumping¹³⁰ gleichzustellen¹³¹, das für den Aussenseiter von vernichtender Wirkung sein kann, weil die Monopolisten vor- und nachher die aus dem Dumping entstehenden Verluste durch künstlich überhöhte Preise ausgleichen oder seine Finanzierung dadurch besonders erleichtern können, dass sie ausserhalb des für den Aussenseiter erreichbaren Marktes die Preise zum Ausgleich des Dumpingverlustes entsprechend hinaufsetzen¹³². Es ist nun möglich, dass, wie zur eigentlichen monopolistischen Preisbeeinflussung, so auch zur Aussenseiterbekämpfung (die ja ihrerseits wieder im Dienste der Preisbeeinflussung steht) ein kartellmässiger Zusammenhang erfolgt, sei es auf horizontaler Basis, zur Organisierung eines Dumping und um die Lieferanten und Abnehmer durch geschlossenes Auftreten zur Verhängung eines Boykotts zu zwingen¹³³, sei es auf vertikaler Basis, indem sich die Lieferanten und Abnehmer zur Verhängung des Boykotts ausdrücklich verpflichten¹³⁴; dabei spricht man dann, da die monopolistische Preisbeeinflussung hier nurmehr mittelbarer Zweck ist, am besten von sekundären Kartellvereinbarungen¹³⁵.

Eine horizontale sekundäre Kartellvereinbarung entsteht, wenn eine Mehrheit von grundsätzlich selbständigen Anbietern der gleichen wirtschaftlichen Leistung, deren Preis mittels einer primären Kartellvereinbarung oder durch eine ähnliche Organisation beeinflusst werden soll, gegenseitig vertragliche oder statutarische Verpflichtungen eingeht, welche geeignet sind, einen bestimmten oder alle virtuellen Aussenseiter durch künstliche Zwangsmittel wie ein Dumping oder — als Folge einheitlichen Auftretens gegenüber Lieferanten und Abnehmern — einen Boykott auszuschalten. Die horizontalen sekundären Kartellvereinbarungen sind den

¹²⁹ Böhm, Monopolkampf 84; Liefmann 142; dies trifft insbesondere auch für die Arbeitnehmer monopolisierter Wirtschaftszweige zu; vgl. Liefmann 72; Marbach, Kartellproblem 217; Böhler, Die Konkurrenz als Organisationsprinzip der Wirtschaft; Preisbildungskommission, Sonderheft 57, 19/28.

¹³⁰ Dumping = Verkauf zu Verlustpreisen zwecks Ausschaltung des Konkurrenten; Böhm, Monopolkampf 292/3, 300 ff.; von Dam 64.

¹³¹ Böhm, Monopolkampf 75; von Dam 54.

¹³² Böhm, Monopolkampf 303.

¹³³ BGE 56 II 431, 58 II 223/4.

¹³⁴ Vgl. ausführliche Kataloge über Monopolkampfmassnahmen BGE 56 II 432; Eggmann 162; Marbach, Ueber das Kartell 31; Aebi 11; Liefmann 92/5.

¹³⁵ Wolfers 74/8.

eigentlichen Kartellen, deren notwendige Ergänzung sie darstellen¹³⁶ und mit denen sie organisatorisch meist aufs engste verbunden sind, vom Gesichtspunkt staatlicher Intervention aus vollkommen gleichzustellen; es wäre einerseits sinnlos, die Kartelle zwar grundsätzlich anzuerkennen, die sie ergänzenden Organisationen zur Bekämpfung von Aussenseitern jedoch, indem man sie nicht selbst wieder als Kartelle, sondern als schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen auffasst¹³⁷, einem allgemeinen Verbot auszusetzen, und es wäre andererseits die Vorstellung einer staatlichen Kartellpolitik unter Aufrechterhaltung des vollen Schutzes der Handels- und Gewerbefreiheit für sekundäre Kartellvereinbarungen vollkommen weltfremd. Soweit gegen schädliche Auswirkungen monopolistischer Organisationen mit zivilrechtlichen Mitteln vorgegangen werden soll, wird der Monopolkampf im Vergleich zur eigentlichen Kartellbindung sogar, wie die bisherige Praxis des Bundesgerichtes lehrt, eindeutig im Vordergrund stehen¹³⁸. Die horizontalen sekundären Kartellvereinbarungen lassen sich ohne Widerspruch unter die für die Kartellbestimmung massgebende Kartelldefinition der Preisbildungskommission subsumieren: da diese, wie sich zeigen wird, auf die vertikalen sekundären Kartellvereinbarungen sogar ausdrücklich Bezug nimmt, wird sie die entsprechenden horizontalen Organisationen, die sich aus den eigentlichen Kartellen ja noch viel direkterer Weise ergeben, erst recht erfassen müssen¹³⁹. Dabei macht es keinen Unterschied aus, ob die eigentliche Preisbeeinflussung, der die sekundäre Kartellvereinbarung als Schutzmantel dient, durch ein richtiges Kartell oder aber nur eine ähnliche Organisation ohne rechtliche Verbindlichkeit für die Mitglieder verwirklicht werden soll. Massgebend ist, dass der sekundären Kartellvereinbarung wirklich eine mittelbare (oder auch — bei systematischer Vernichtung der Aussenseiter — unmittelbare) monopolistische Preisbeeinflussungsabsicht zugrunde liegt; so könnte gegen die im übrigen kartellmässige Organisierung eines Boykotts aus politischen Gründen nicht unter Berufung auf die Kartellbestimmung eingegriffen werden, und ebensowenig wären die Kartellbestimmung und die darauf beruhende Gesetzgebung anwendbar, wenn ein Kartell der Papierfabrikanten einen Grosshändler

¹³⁶ Feldmann 64; Homburger 52; Gysin, Grundlinien 419; Eggmann 416; Brunner 6/7.

¹³⁷ Diese Auffassung wird z. B. von Tanner, 82 ff., vertreten.

¹³⁸ Kaufmann, Verfassung, Gesetz und Verordnung 8; Eggmann 411.

¹³⁹ Vgl. oben S. 42.

nicht boykottiert, um ihn seinerseits zur Boykottierung eines Aussenseiters zu zwingen, sondern um ihn zur Zahlung einer bestrittenen Rechnung zu veranlassen¹⁴⁰.

Eine vertikale sekundäre Kartellvereinbarung liegt vor, wenn eine Mehrheit unabhängiger oder organisierter Lieferanten¹⁴¹ oder Abnehmer gegenüber einem Kartell oder einer ähnlichen Organisation, die den Preis der von ihren Mitgliedern angebotenen Leistung beeinflussen will, vertragliche oder statutarische Verpflichtungen eingeht, welche geeignet sind, bestimmten oder allen virtuellen Aussenseitern die Bezugs-, resp. Absatzmöglichkeiten zu nehmen. Die Verpflichtung der Lieferanten resp. Abnehmer kann darin bestehen, über alle jene Aussenseiter eine Lieferungs- resp. Abnahmesperre zu verhängen, welche durch den Kartellpartner in einer besonderen Verrufserklärung als solche bezeichnet werden (Boykott i. e. S.)¹⁴²; sie kann aber auch in allgemeiner Weise dahin formuliert werden, dass Lieferungen nur an die Mitglieder des Vertragspartners (oder an diesen selbst) erfolgen dürfen (Exklusivvertrag)¹⁴³ oder dass die Mitglieder des Vertragspartners gegenüber den Aussenseitern durch einen erheblichen Rabatt (Treurabatt)¹⁴⁴ begünstigt werden, beides Abarten des Boykotts, welche diesem vom Bundesgericht zu Recht gleichgestellt werden¹⁴⁵. Häufig behalten sich die beiden Seiten bei vertikalen sekundären Kartellvereinbarungen je für ihre eigenen preisbeeinflussenden Organisationen die gleichen Rechte, insbesondere in der Form eines kreuzweisen Exklusiv- oder Treurabattvertrages, vor, so dass es zu einem sogenannten ausschliesslichen Verbandsverkehr kommt¹⁴⁶. Aber auch dann, wenn die vertikalen sekundären Vereinbarungen in den Hauptpunkten nur einseitig Berechtigte und Verpflichtete kennen, haben doch meist auch letztere ein Interesse an der Preisbeeinflussung, die sie durch ihre Beteiligung am Monopolkampf zu ermöglichen mithelfen sollen, indem sie sich auf die Höhe ihrer eigenen Preise auswirken wird (bei den Abnehmern trifft das nur dann nicht zu, wenn es sich um die letzten Konsumenten handelt¹⁴⁷. Diese Gemeinsamkeit der Interessen lässt es als möglich erscheinen, die

¹⁴⁰ BGE 57 II 263.

¹⁴¹ Wiederum im weitesten Sinne; vgl. oben Anm. 127.

¹⁴² Liechti 18.

¹⁴³ BGE 76 II 284.

¹⁴⁴ Z. B. von 33½ 0/0, vgl. Aebi 15.

¹⁴⁵ BGE 76 II 287.

¹⁴⁶ BGE 57 II 334 ff.; 58 II 219; Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 16; Sonderheft 31, 17/21; Sonderheft 35, 31/2, 36; Sonderheft 57, 18/9.

¹⁴⁷ Böhm, Monopolkampf 84; Liefmann 142.

vertikalen sekundären Kartellvereinbarungen, seien sie zwischen Verbänden oder einzelnen Unternehmern getroffen, wie die primären in formeller Hinsicht als Gesellschaftsverträge aufzufassen; möglich ist aber auch, je nach der Ausgestaltung der einzelnen Vereinbarung, die Subsumption unter einen anderen Vertragstypus; sehr oft sind die zwischen zwei sich ergänzenden Wirtschaftsstufen bestehenden sekundären Kartellvereinbarungen organisatorisch mit den primären Vereinbarungen verschmolzen¹⁴⁸.

Die vertikalen sekundären Kartellvereinbarungen sind als Kartelle im Sinn der Kartellbestimmung zu behandeln¹⁴⁹. Wenn in der massgebenden Definition der Preisbildungskommission davon gesprochen wird, dass Unternehmer «sich ergänzender Branchen» Bindungen zum Zwecke der Preisbeeinflussung eingehen, so können damit nur vertikale sekundäre Kartellvereinbarungen im soeben dargelegten Sinne gemeint sein, denn die eigentlichen Preisbeeinflussungsorganisationen erfassen ihrem Wesen nach nur die Anbieter oder Nachfrager der gleichen wirtschaftlichen Leistung, also der gleichen Branche, die eigentliche Kartellierung erfolgt, wie vor allem Saitzew nachgewiesen hat, notwendigerweise horizontal¹⁵⁰. Der erweiterte Kartellbegriff der Kartellbestimmung entspricht auch der Auffassung des Bundesgerichts, das in einem neuen Urteil ausgeführt hat: «Es handelt sich somit bei den in Frage stehenden vertraglichen Bindungen (Alleinvertretungsrecht der Grosshändler gegenüber den Fabriken — Pflicht der Installateure, nur Produkte der Mitglieder des Grosshandelsverbandes zu installieren) um sogenannten Exklusivverträge, die wiederum eine *kartellmässige* Zusammenfassung von Unternehmergruppen verschiedener Wirtschaftsstufen zum ausschliesslichen Verkehr in bezug auf bestimmte Wirtschaftsbereiche darstellen¹⁵¹.» Die Gründe, welche für die Gleichstellung der horizontalen sekundären Kartellvereinbarungen mit den eigentlichen Kartellen sprachen, vor allem ihre absolute gegenseitige Abhängigkeit, sprechen im gleichen Masse für die Unterstellung auch vertikaler Bindungen mit dem Zweck der Preisbeeinflussung unter den Kartellbegriff; es ist z. B. zu beachten, dass dem ausschliesslichen Verbandsverkehr praktisch oft die gleiche Wirkung zukommt wie einer einschneidenden Kontingentierungs-

¹⁴⁸ Preisbildungskommission, Sonderheft 35, 32.

¹⁴⁹ A. M. Mislin 17.

¹⁵⁰ Saitzew, Horizontal und Vertikal, 8, 10; Eggmann 73.

¹⁵¹ BGE 76 II 284.

kartellierung, indem er jede Vergrößerung des Produktionsvolumens durch neue Unternehmensgründungen verhindern kann¹⁵².

Die Anwendung künstlicher Zwangsmittel wie des Boykotts und des Dumpings wird u. U. auch im Wettbewerb zwischen freien Konkurrenten versucht, ohne dass damit eine monopolistische Preisbeeinflussung verbunden wäre¹⁵³; solche Fälle können so wenig unter die Kartellbestimmung subsumiert werden wie die konkurrenzsystemwidrige Festsetzung eines höheren als des Gleichgewichtspreises durch einzelne Anbieter¹⁵⁴. So kann z. B. die Verpflichtung eines Käufers gegenüber seinem nicht-monopolistischen Lieferanten, nicht zugleich bei der Konkurrenz zu kaufen, keinesfalls als Kartellvereinbarung betrachtet werden¹⁵⁵. Gegen die Unterstellung einer Monopolkampfororganisation unter die Kartellbestimmung wird häufig geltend gemacht werden, man wolle nur die «illoyale» Konkurrenz bekämpfen und handle keineswegs im Interesse einer künstlichen monopolistischen Preiserhöhung; damit wird die Frage nach dem «gerechten» Preis gestellt, die zweckmässigerweise jeweils erst im Zusammenhang mit der Frage nach der Schädlichkeit von Kartellen und ähnlichen Organisationen zu behandeln ist¹⁵⁶. Was das Dumping im besonderen betrifft, muss es sich bei der Anwendung von Verlustpreisen keineswegs immer um eine Massnahme zur Behinderung der Konkurrenz handeln. Es ist denkbar, dass die Preise im Hinblick auf eine gleiche Massnahme eines Konkurrenten oder wegen eines plötzlichen Konjunktumschwunges notgedrungen, im Sinne der Selbstverteidigung, unter das Kostenniveau gesenkt werden müssen: in diesem Falle handelt es sich um eine Massnahme im Rahmen der freien Konkurrenz, auch wenn sie von einer monopolistischen Organisation angewendet wird¹⁵⁷. Verlustpreise können auch als künstliche Mittel zur Steigerung des Umsatzes verwendet werden, wie das vor allem bei den sogenannten Lockartikeln der Fall ist, die insbesondere Grossbetriebe des Detailhandels zu Verlustpreisen verkaufen, um auf diese Weise den Umsatz der übrigen Waren und damit den Gesamtgewinn zu steigern¹⁵⁸; hier handelt es sich um Massnahmen des gewöhnlichen, nicht des monopolistischen Wettbewerbs, die allerdings

¹⁵² Vgl. z. B. den soeben zit. BGE; ferner Gysin 394, insb. Anm. 58.

¹⁵³ Böhm, Monopolkampf 134.

¹⁵⁴ Vgl. oben S. 28.

¹⁵⁵ Mead 61.

¹⁵⁶ BGE 57 II 346.

¹⁵⁷ von Dam 60/1.

¹⁵⁸ von Dam 13, 24/8.

das Wesen der freien Konkurrenz verfälschen und nicht mehr zum Leistungswettbewerb gehören¹⁵⁹; ihre Bekämpfung kann nicht unter dem Gesichtspunkt der staatlichen Intervention gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen, sondern nur unter jenem der Verhinderung unlauteren Wettbewerbs folgen¹⁶⁰. Die Feststellung, ob es sich beim Verkauf zu Verlustpreisen um Monopolkampf oder um eine Massnahme des gewöhnlichen Wettbewerbs handelt, ist — wie man sieht — oft sehr schwer zu treffen¹⁶¹, und die Verhinderung des Dumpings als Massnahme des äusseren Organisationszwanges, die theoretisch z. B. durch staatliche Minimalpreisvorschriften bewirkt werden könnte, erscheint darum als sehr problematisch.

VI. ZWANGSKARTELLE

Ein Zwangskartell ist «ein Gebilde, das sämtliche Wesensmerkmale des Kartells umschliesst mit der Ausnahme, dass es nicht durch freie Vereinbarung, sondern (wenn nicht genetisch, sondern doch logisch gesehen) durch staatlichen Zwang zustande gekommen ist¹⁶²». Die der Zwangskartellierung zugrunde liegende, widerspruchsvolle Idee besteht darin, die Angehörigen eines Wirtschaftszweiges durch öffentlich-rechtlichen Zwang zu veranlassen, marktregelnde, wirtschaftspolitischen Zwecken dienende Verpflichtungen einzugehen, die ihrerseits nur auf Zivilrecht beruhen¹⁶³. Als Beispiel diene die Zwangskartellierung in der schweizerischen Milchwirtschaft¹⁶⁴, welche dadurch herbeigeführt wird, dass die Abteilung für Landwirtschaft des EVD die Milchproduzenten zum Beitritt zu einer Milchgenossenschaft und diese wieder zum Anschluss an den genossenschaftlich organisierten Zentralverband schweizerischer Milchproduzenten, dem dadurch alle Möglichkeiten der Preisbeeinflussung offen stehen, zwingen kann¹⁶⁵.

¹⁵⁹ von Dam 62.

¹⁶⁰ von Dam 64.

¹⁶¹ von Dam 57; Böhm 278/304.

¹⁶² Brunner 48.

¹⁶³ Als Zwangskartelle werden oft allerdings auch jene Organisationen betrachtet, bei denen die auf die Preisbeeinflussung gerichteten Pflichten der Mitglieder und Organe ihrerseits wieder öffentlichrechtlicher Natur sind; solche Organisationen interessieren jedoch hier nicht, weil ihre Unterstellung unter die Kartellbestimmung von vornherein ausgeschlossen ist.

¹⁶⁴ Brunner 75 ff.; Michel, Schweizerische Milchwirtschaft, «Wirtschaft und Recht» 1 (1949) 127 ff.; Giger 119 ff.

¹⁶⁵ BB über eine weitere Fortsetzung der Bundeshilfe für schweizerische Milchproduzenten und für die Linderung der landwirtschaftlichen Notlage vom

Zwangskartelle sind keine Kartelle im Sinne der Kartellbestimmung¹⁶⁶. Ein auf der Kartellbestimmung beruhendes allgemeines Kartellgesetz (oder im allgemeinen Recht verstreute, speziell auf die Kartelle Bezug nehmende Vorschriften) könnte gegen ein Zwangskartell auch dann nicht angerufen werden, wenn der Gesetzgeber es unterlassen sollte, beim Erlass der für den Kartellzwang massgebenden Bestimmungen seine Nichtanwendbarkeit ausdrücklich zu statuieren¹⁶⁷. In der Literatur werden fast ausschliesslich nur freie, private Unternehmerzusammenschlüsse als Kartelle betrachtet¹⁶⁸. Im Berichte des Bundesrates über die Kriseninitiative ist von den Kartellen als «*privaten* Organisationen zwecks Regelung der Preisverhältnisse und anderer Marktbedingungen» die Rede¹⁶⁹, und in der bundesrätlichen Botschaft betreffend die Ueberwachung der Preise werden die Kartelle als «*private* Preisregulatoren» bezeichnet¹⁷⁰. Die Errichtung obligatorischer Berufsverbände, insbesondere von Zwangskartellen, erfolge sie durch unmittelbar-rechtlichen, mittelbar-rechtlichen oder faktischen staatlichen Zwang¹⁷¹, stellt einen Eingriff in die freie Wirtschaft dar; sie steht im Widerspruch zur Handels- und Gewerbefreiheit und zur Vertragsfreiheit¹⁷². Die Kartellierung im Sinne der Kartellbestimmung ist jedoch umgekehrt, wie sich noch zeigen wird, als ein Ergebnis der freien Wirtschaft, als ein Ausfluss der Handels- und Gewerbefreiheit aufzufassen; nicht sie selbst, sondern vielmehr gerade staatliche Vorschriften, die sie einschränken, erscheinen als Ausnahmen zum Grundsatz der Handels- und

28. 3. 34, Art. 6 (AS 50, 247); bis auf weiters verlängert durch BB vom 19. 4. 40 (AS 56, 388); Vo des BR über Milchproduktion und -versorgung vom 30. 4. 37, Art. 9 (AS 53, 544). Die Marktregelung durch den Zentralverband erfolgt allerdings weitgehend nicht mehr auf Grund autonomer Entschliessungen, sondern in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Vorschriften; er wird darum von Giger, 163, als öffentlich-rechtliche Körperschaft betrachtet.

¹⁶⁶ A. M. Tanner 76/7.

¹⁶⁷ Nur in diesem Fall wird die Frage nach dem Verhältnis zwischen den Zwangskartellen und der Kartellbestimmung überhaupt bedeutungsvoll. — Der Gesetzgeber kann selbstverständlich umgekehrt ein allgemeines Kartellgesetz auch für die von ihm geschaffenen Zwangskartelle als anwendbar erklären; die verfassungsmässige Zulässigkeit einer solchen Anwendung beurteilt sich dann aber nicht mehr nach der Kartellbestimmung sondern nach jener Verfassungsvorschrift, in der die Kompetenz zur Zwangskartellierung enthalten ist.

¹⁶⁸ Feldmann 17; Gysin, Grundlinien 375; Liefmann 9; Mislin 8 ff.; Schärer 3; Marbach, Antimonopolistische Intervention 232; a. M. Haussmann Kartellbe-
griff 6/7.

¹⁶⁹ Bericht des BR über die Kriseninitiative 326.

¹⁷⁰ Botschaft betr. die Ueberwachung der Preise 539.

¹⁷¹ Marti 214 ff.; a. M. Brunner 118.

¹⁷² Fleiner/Giacometti 285; Nef, HGF 13; Marti 74; Oftinger, Privatrecht und Staatsstruktur 226.

Gewerbefreiheit. Es ist nun aber ausgeschlossen, dass eine Vorschrift wie die Kartellbestimmung, die als Ausnahmebestimmung zur Handels- und Gewerbefreiheit gegen Auswüchse der freien Wirtschaft, als welche schädliche Kartellwirkungen erscheinen, gerichtet ist, gegen Gebilde wie Zwangskartelle angewendet werden soll, die ihrerseits, wenn nicht genetisch, so doch logisch gesehen, nicht Produkte der freien Wirtschaft sind, sondern vielmehr umgekehrt gerade aus ihrer Negierung heraus entstehen¹⁷³. Die Anwendung allgemeiner gegen Kartelle gerichteter Vorschriften auf Zwangskartelle würde die Erfüllung des mit einer Zwangskartellierung verfolgten besonderen wirtschaftspolitischen Zweckes verunmöglichen; so könnte z. B. die Bestimmung eines Kartellgesetzes, wonach kein Kartell Qualitätsverbesserungen verhindern darf, sinnvollerweise nicht angewendet werden gegen ein Zwangskartell der Weinbauern, dessen im Zusammenhang mit der Zwangskartellierung vom Gesetzgeber stillschweigend oder ausdrücklich gebilligte Statuten die Mitglieder verpflichten, Qualitätsweine nur vermischt mit einem gewissen Quantum schlechten Weins abzugeben. Zudem erübrigt sich die Unterstellung eines Zwangskartells unter ein allgemeines Kartellgesetz schon darum, weil der Gesetzgeber bei der Schaffung eines Zwangskartells auf Grund der Kompetenznorm, die ihn hiezu berechtigt, bereits auch spezielle Kontroll- und Interventionsvorschriften erlassen kann; als Beispiele mögen wieder die Verhältnisse in der schweizerischen Milchwirtschaft dienen¹⁷⁴. Und der Gesetzgeber hat es ja ohnehin in der Hand, das Zwangskartell so zu normieren, dass es keine «schädlichen Auswirkungen» nach sich zieht; treten später unvorhergesehener Weise solche ein, dann kann er die Normen über das betreffende Zwangskartell entsprechend modifizieren.

Auf Grund der gegenwärtigen Verfassungslage, angesichts des für die wirtschaftliche Rechtssetzung in BV 32 I ausdrücklich niedergelegten Prinzips des Vorbehaltes des Gesetzes, sind der Zwangskartellierung sehr viel engere Grenzen gesetzt, als man im Hinblick auf die insbesondere in BV 31 bis III enthaltenen, weitgehenden wirtschaftspolitischen Kompetenzen des Bundesgesetzgebers meinen könnte¹⁷⁵; denn die Zwangskartellierung steht nicht nur im Gegensatz zum Prinzip der Handels- und Gewerbefreiheit, sondern verletzt auch die organisatorischen, auf die Rechts-

¹⁷³ Giacometti, Die Verfassungswidrigkeit der Autotransportordnung II, NZZ Nr. 314/1951.

¹⁷⁴ Brunner 268 ff.

¹⁷⁵ Nef, HGF 41.

setzung bezugnehmenden Vorschriften der Bundesverfassung. Den einem Kartell infolge staatlichen Zwanges angeschlossenen Unternehmern — und das sind virtuell alle seine Mitglieder — erscheinen die sich auf die Preisbildung und Produktionslenkung beziehenden Kartellverpflichtungen als heteronome, objektive wirtschaftspolitische Rechtsvorschriften, wenn sie auch der Form nach privatautonomer Natur sind: ein unter staatlichem Zwang abgeschlossener Vertrag ist eben kein Vertrag mehr¹⁷⁶. Durch die Zwangskartellierung wird die wirtschaftspolitische Rechtssetzung für den betreffenden Wirtschaftszweig praktisch wenigstens teilweise¹⁷⁷ dem Referendum entzogen und von der Bundesversammlung auf einen Berufsverband übertragen; dadurch werden aber BV 32 I, BV 85 Ziff. 2 und BV 89 II verletzt¹⁷⁸. Es gelten hier die gleichen Ueberlegungen wie hinsichtlich der Vereinbarkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen mit dem Grundsatz der Gewaltenteilung und mit dem Vorbehalt des Gesetzes, wobei jedoch zu berücksichtigen ist, dass bei der letzteren die Verbände wenigstens selbst an die allgemein verbindlich erklärte Regelung gebunden sind, während die Vorschriften eines Zwangskartells an seine Mitglieder für dieses auch bei behördlicher Genehmigung nicht unbedingt unabänderbar werden¹⁷⁹. Ein verfassungsmässiges Zwangskartell ist bestenfalls denkbar als Vollzugsorgan im Sinne von BV 32 III für eine wirtschaftspolitische Regelung, die ihrerseits in ihrem ganzen wesentlichen Inhalt in einem Referendum unterstellten Bundesgesetz oder allgemeinverbindlichen Bundesbeschluss enthalten ist; die praktisch als Verordnungsrechtssätze erscheinenden Kartellvorschriften finden dann ihre verfassungsmässige Grundlage in der Vollzugskompetenz von BV 32 III. analog zum Vollziehungsverordnungsrecht des Bundesrates, das in seiner allgemeinen Vollzugskompetenz (BV 102 Ziff. 5) be-

¹⁷⁶ Burckhardt, *Korporationenstaat* 111, 113; Marti 74. Dasselbe gilt natürlich für den Beitritt zu einer Gesellschaft und für die Zustimmung zu Gesellschaftsbeschlüssen.

¹⁷⁷ Soweit nämlich, als der Inhalt der Kartellverpflichtungen nicht bereits durch Gesetz zwingend vorgeschrieben ist.

¹⁷⁸ Fleiner/Giacometti 808; Marti 203.

¹⁷⁹ Brunner 287/8. Ueber die enge Verwandtschaft der Zwangskartellierung mit der AVE vgl. Burckhardt, a.a.O., 118; Brunner 125 ff.; Giger 163. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang, dass in der Milchwirtschaft die Zwangskartellierung in Zukunft durch die AVE ersetzt werden soll (vgl. Botschaft zum Landwirtschaftsgesetz vom 19. I. 51, BBl 1951 I 190); damit wird natürlich dem Vorbehalt des Gesetzes ebenfalls in keiner Weise Genüge getan (vgl. Michel, a. a. O., 141; Sten Bull NR 1951, 71/82 [Bucher]).

gründet ist¹⁸⁰,¹⁸¹. Die Vorschriften eines in solcher Weise als Vollzugsorgan eingesetzten Zwangskartelles an seine Mitglieder dürfen, das kann nicht genug betont werden, nur sekundärer Natur sein; es kann sich nur um Detailvorschriften, um die nähere Regelung einer wirtschafts-politischen Materie handeln, die grundsätzlich bereits durch einen dem Vorbehalt des Gesetzes Rechnung tragenden Bundesbeschluss geordnet wurde¹⁸²,¹⁸³.

¹⁸⁰ Fleiner/Giacometti 801 ff.

¹⁸¹ Will man allerdings in der Auslegung von BV 32 III nicht so weit gehen wie bei BV 102 Ziff. 5, weil die Uebertragung staatlicher Funktionen an Wirtschaftsverbände an sich schon, auch wenn sie nur exekutiver Natur ist, eine systemwidrige Erscheinung darstellt, ist eine Zwangskartellierung auf Grund der geltenden Rechtsordnung überhaupt nicht möglich.

¹⁸² Fleiner/Giacometti 801 ff.

¹⁸³ Es wurde hier mit Giacometti (a.a.O. 801) davon ausgegangen, dass die Gesetzesdelegation dem in der BV enthaltenen Prinzip der Gewaltenteilung und dem Referendumsrecht widerspricht und darum grundsätzlich verfassungswidrig ist (gl. M. Kaufmann, Die revidierten Wirtschaftsartikel 36, 38). Das Resultat wäre aber kaum sehr verschieden, wenn man in Anlehnung an Nef (Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit 173a) die grundsätzliche Zulässigkeit der Gesetzesdelegation — jedoch nur bis zu einem gewissen Grade, keinesfalls in der Form eines Blankettgesetzes — annehmen würde und diese Annahme auch zugunsten der Wirtschaftsorganisationen gelten liesse; die Frage nach dem zulässigen Mass der Delegation wäre dann wohl praktisch identisch mit der Frage nach der Grenze, wo die grundsätzliche Regelung aufhört und wo die ergänzende, die vollziehende Detailregelung beginnt (gl. M. Eichenberger, Die oberste Gewalt im Bunde (Diss. Bern 1949) 72/8, insb. 75).

§ 2. Kartellähnliche Organisationen

I. DER MONOPOLISTISCHE CHARAKTER DER KARTELLÄHNLICHEN ORGANISATIONEN

Das gemeinsame Merkmal der Kartelle und der «ähnlichen Organisationen» besteht in ihrer gleichartigen wirtschaftlichen Funktion; die zwischen ihnen herrschenden Unterschiede beziehen sich auf die Rechtsform¹. Kartellähnlich sind jene Organisationen, welche, ohne der Form nach Kartelle zu sein, darauf gerichtet sind, unter Ausnützung ihrer marktbeherrschenden Stellung die Preisbildung zu beeinflussen, den sich nach dem Verhältnis des Angebots zur Nachfrage richtenden Konkurrenzpreis durch einen gewillkürten, günstigeren Preis zu ersetzen². Den kartellähnlichen Organisationen ist also ein monopolistischer Charakter eigen³, und es zeigt sich, dass sich die Kartellbestimmung nicht nur hinsichtlich der Kartelle, sondern auch hinsichtlich der kartellähnlichen Organisationen ausschliesslich auf die monopolistische Tendenz der wirtschaftlichen Konzentrationsbewegung, nicht aber auf diese als solche bezieht⁴. Nicht kartellähnlich sind demnach wirtschaftliche Organisationen, soweit sie der Rationalisierung dienen⁵ oder soweit es sich um Berufsverbände handelt, welche Brancheninteressen gegenüber dem Staat vertreten, Werbeaufgaben erfüllen usw.⁶. Auch die Banken, soweit sie lediglich infolge ihrer Kreditfunktion Einfluss auf Handel und Produktion gewinnen, sind keine kartellähnlichen Organisationen⁷, ebensowenig wie Einkaufsgenossenschaften, welche den Einkauf lediglich um der Vorteile des Masseneinkaufs willen zentralisieren, ohne eine Marktbeherrschung von der Nachfrageseite her anzustreben⁸. Nicht kartellähnlich sind aus den oben erwähnten Gründen⁹ ferner die Organisationen des Arbeitsmarktes, obschon sie meist einen ausgesprochen monopolistischen Charakter haben.

Mit dem Merkmal der monopolistischen Tendenz, der Marktbeherrschung und der darauf beruhenden Preisbeeinflussung sind jedoch die kartellähnlichen Organisationen sowenig wie die Kartelle genügend gekennzeichnet. Die Kartelle sind ja nicht monopolistisch schlechthin, das von ihnen angestrebte Monopol, nämlich das organisatorische, verkörpert

¹ Botschaft 889; StR-Kommission, Protokoll zur 6. Session vom 31.5.39, 5;

² Vgl. oben S. 24 ff.

³ Vgl. oben S. 26/7.

⁴ Botschaft 839/40 849, 888/9, 921, 923/4; Nef, HGF 43; Marti 175.

⁵ Vgl. oben S. 25, 31.

⁷ Vgl. oben S. 33/4.

⁶ Vgl. oben S. 31/2.

⁸ Vgl. oben S. 35/6.

⁹ Vgl. oben S. 34 ff.

nur eine unter verschiedenen Monopolarten¹⁰. Die Kartelle zeichnen sich vor anderen Monopolgebilden dadurch aus, dass durch den Zusammenschluss einer Vielzahl von Marktteilnehmern, die sich vorher in freier Konkurrenz gegenüber standen, durch eine sogenannte «Verschwörung» (conspiracy), eine marktbeherrschende Stellung künstlich geschaffen werden soll. Entsprechend dem Grundsatz, dass sich die Kartelle und die kartellähnlichen Organisationen in ihrer wirtschaftlichen Funktion gleich sind, können nun aber letztere keinesfalls ganz allgemein mit allen Monopolgebilden indentifiziert werden¹¹. Schon mit dem Wort «Organisationen» (groupements) wird darauf hingewiesen, dass es sich bei ihnen nur um Gebilde handeln kann, die ihre marktbeherrschende Stellung ebenfalls auf organisatorischem Wege, durch einen Zusammenschluss begründet haben. Keine kartellähnlichen Organisationen sind demnach die Wirtschaftssubjekte, welche ein rechtliches Monopol besitzen, also z. B. die Patent- und Markenrechtsinhaber^{12, 13}. Ebenfalls keine kartellähnlichen Organisationen sind Inhaber von natürlichen Monopolen¹⁴; so könnte z. B. die wirtschaftliche Machtstellung, die dadurch entsteht, dass der eine der beiden Bäcker eines kleinen, von anderen Märkten weit abliegenden Dorfes gleichzeitig Besitzer der einzigen Quelle ist und die Abgabe von Wasser vom Bezuge von Brot zu übersetzten Preisen abhängig macht, nicht auf Grund der Kartellbestimmung eingeschränkt werden¹⁵. Besonders wichtig ist, dass auch in jenen häufigen Fällen, in denen die marktbeherrschende Stellung einer Einzelfirma von selbst entsteht, aus der Marktkonstellation und den produktionstechnischen Gegebenheiten heraus, in denen sich auch bei vollkommen natürlicher Marktentwicklung gar keine wesentliche Konkurrenz bildet, da niemand das Risiko übernehmen oder weiter tragen kann oder will, die gleiche wirtschaftliche Leistung selbst ebenfalls noch anzubieten¹⁶, nicht von einer kartellähnlichen Organisation gesprochen werden kann und also die Kartellbestim-

¹⁰ Vgl. oben S. 22/3.

¹¹ Marti 175; Haussmann, «Antitrust»; a. M. Nef, HGF 43; Tanner 62.

¹² Bei der Bekämpfung monopolistischer Hemmungen auf dem Gebiet des Lizenzwesens, wie sie z. B. im Volksbegehren betreffend das «Recht auf Arbeit» verlangt wurde, kann man sich also nicht auf die Kartellbestimmung stützen; auch die Unterstellung der Preisbindungen der zweiten Hand (vgl. oben S. 23) unter die Kartellbestimmung, etwa in Anlehnung an den Entwurf Gysin, wo sie den Kartellen gleichgestellt wurden (§ 19), kommt nicht in Frage.

¹³ Vgl. oben S. 23/4. ¹⁴ Vgl. oben S. 22. ¹⁵ A. M. Tanner 72.

¹⁶ Sie wurden als «konformes» Monopole bezeichnet. Vgl. oben S. 22, insbesondere die in Anm. 16 angeführte Literatur; ferner StR-Kommission, Protokoll zur 3. Session vom 25. 11. 38, 1, und zur 5. Session vom 1./3. 5. 39, 15.

mung, auch wenn die betreffende monopolistische Einzelunternehmung im Verhältnis zu den Kosten übersetzte Preise fordert, nicht anwendbar ist; das gilt z. B. für den einzigen Bäcker eines kleinen, von anderen Märkten weit abgelegenen Dorfes, der sein Brot zu übersetzten Preisen verkaufen kann, weil sich die Eröffnung einer Konkurrenzbäckerei innerhalb des kleinen Marktes nie lohnen würde¹⁷. Die Materialien beweisen deutlich, dass die Anwendung der Kartellbestimmung auf Monopolgebilde beschränkt bleiben muss, die durch das Merkmal des Zusammenschlusses von Konkurrenten gekennzeichnet sind, und dass man monopolistische Einzelunternehmen eben gerade nicht erfassen wollte. In der ständerätlichen Kommission wurde über die Frage, ob auch andere als organisatorische Monopolgebilde durch die Kartellbestimmung zu erfassen seien, im Zusammenhang mit einem praktischen Beispiel¹⁸ wiederholt diskutiert, mit einem Ergebnis, das ihr Referent vor dem Plenum in eindeutiger Weise festgehalten hat: «Die Frage, ob auch die Machtstellung einer einzelnen Unternehmung unter den Kartellbegriff (gemeint war, wie aus dem Zusammenhang hervorgeht, der Begriff der «Kartelle und ähnlicher Organisationen») falle, muss daher verneint werden»¹⁹. Auf Grund eines Gutachtens der Justizabteilung²⁰ wurde von Seiten des Bundesrates festgestellt: «In der letzten Sitzung wurde die Frage aufgeworfen, ob auch die Machtstellung einer einzelnen Unternehmung unter den Kartellbegriff falle. Diese Frage ist zu verneinen, da der Begriff... «Kartelle und ähnliche Organisationen» den Zusammenschluss mehrerer Unternehmungen voraussetzt»²¹. Es wurde deshalb, um alle Monopolgebilde erfassen zu können, der Vorschlag gemacht, anstatt von «kartellähnlichen Organisationen» von «wirtschaftlichen Machtstellungen» schlechthin zu sprechen; dieser Vorschlag stiess jedoch auf heftige Opposition und wurde darum fallengelassen^{22, 23}. Demnach wäre eine gesetzliche Regelung, die sich ge-

¹⁷ Eucken 121.

¹⁸ Es handelte sich um eine Verwertungsgesellschaft für Urheberrechte (Sacem), welche eine Monopolstellung erlangt hatte, weil ein Konkurrenzunternehmen aus Rentabilitätsgründen seine Tätigkeit einstellen musste.

¹⁹ Sten Bull StR 1939, 385 (Schöpfer).

²⁰ Der Verfasser konnte darin Einsicht nehmen, darf es aber leider nicht näher zitieren.

²¹ StR-Kommission, Protokoll zur 6. Session vom 31.5.39, 2/3 (BR Obrecht); gl. M. Lehner.

²² StR-Kommission, Protokoll zur 6. Session vom 31.5.39, 4/5.

²³ Ueber die parlamentarische Behandlung der Frage, welche Monopolgebilde der Kartellbestimmung zu unterstellen seien, vgl. im Zusammenhang die Protokolle der StR-Kommission zur: 3. Session vom 25. 11. 38, 3; 4. Session vom 8./14. 12. 38, 1/2; 5. Session vom 1./3. 5. 39, 15/20; 6. Session vom 31. 5. 39, 2/5.

stützt auf die Kartellbestimmung und in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit gegen alle «wirtschaftlichen Machtstellungen» richten würde, mit dem Zweck, alle Arten von Monopolgebilden zu erfassen, eindeutig verfassungswidrig²⁴. Die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Kartellbestimmung auf organisatorische Monopole lässt sich auch materiell durchaus rechtfertigen. Soweit rechtliche Monopole in Frage stehen, bestehen sowieso besondere Kontroll- und Interventionsmöglichkeiten und drängt sich eine Sonderregelung auf²⁵. Was jedoch jene der freien Wirtschaft konformen Monopolgebilde betrifft, die auf Grund wirtschaftlich-technischer Notwendigkeiten von selbst entstehen, ohne dass ein Zusammenschluss notwendig wäre, bei denen es sich also nicht um eine «Verschwörung» gegen die freie Konkurrenz handelt²⁶, müsste eine staatliche Intervention zu einer Beschränkung der natürlichen wirtschaftlichen Entwicklung führen²⁷. Die als konform bezeichnete Monopolbildung ist sehr oft eine Folge der Einführung neuer Produkte und anderer wirtschaftlicher Leistungen; in der produktiven Phase der Leistungs differenzierung, die dem Unternehmer als besonders risikoreich erscheinen muss, ist jedoch eine gewisse Monopolstellung als Risikoausgleich durchaus gerechtfertigt²⁸. Eine staatliche Kontrolle rechtfertigt sich erst dann, wenn beim Uebergang in die distributive Phase, in der nun andere Unternehmer sich ebenfalls zur Herstellung des neuen Produktes entschliessen und also eine freie Konkurrenz entstehen würde, zu künstlichen monopolpolitischen Mitteln gegriffen wird, damit auch in Zukunft eine auf die Marktbeherrschung gegründete Preisbeeinflussung betrieben werden kann; in diesem Fall wird dann aber automatisch die gegen die organisatorische Monopolbildung gerichtete Kartellbestimmung anwendbar²⁹.

²⁴ Gl. M. Haussmann, «Antitrust»; a. M. Tanner 62. — Interessieren mag in diesem Zusammenhang, dass die deutsche Kartellverordnung vom 2. 11. 23, obschon sie den Titel «Verordnung gegen den Missbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen» führte, praktisch, wie aus § 1 hervorgeht, nur gegen organisatorische Monopole, und zwar in einem sehr beschränkten Sinne, gerichtet war; vgl. Liefmann, Anhang; Wolfers 131.

²⁵ Vgl. oben Anm. 12.

²⁶ von Brunn 60; Gysin, Grundlinien 372, Anm. 17.

²⁷ Deutsche Gewerkschaften 33, 38.

²⁸ Böhler, Die Konkurrenz als Organisationsprinzip der Wirtschaft 384; Schumpeter 124/62.

²⁹ Soweit allerdings der bisherige Inhaber einer konformen Monopolstellung diese gegen neu auftretende Konkurrenten in einem auf horizontaler Basis (vor allem durch ein Dumping) geführten Monopolkampf verteidigt (vgl. oben S. 40 ff.), ist die Kartellbestimmung noch nicht anwendbar, da es sich hier um keine organisatorische Monopolität handelt; erst wenn er die Konkurrenz auf vertikaler Basis oder durch den Zusammenschluss mit der neugegründeten Unternehmung ausschalten will, kann gegen ihn gestützt auf die Kartellbestimmung vorgegangen werden.

II. KARTELLÄHNLICHE ORGANISATIONEN OHNE RECHTLICHE BINDUNG DER MITGLIEDER: KARTELLOIDE

Kartelloide unterscheiden sich von den Kartellen ausschliesslich dadurch, dass die gegenseitige Verpflichtung der Anbieter oder Nachfrager einer wirtschaftlichen Leistung, sich bei der Angebots- oder Nachfragegestaltung an einheitliche Regeln zu halten und dadurch die Preisbildung als Monopolisten zu beeinflussen, nicht eine rechtliche, sondern nur eine moralische ist³⁰. Sie, die oft viel wirksamer als eigentliche Kartelle sind³¹, wollte man vor allem treffen, wenn man den Kartellen in der Kartellbestimmung «ähnliche Organisationen» zur Seite stellte³². Ein Kartelloid kann durch ein sog. Gentlemen's Agreement zustande kommen, indem eine marktbeherrschende Mehrzahl von Branchenangehörigen mündlich oder auch mit schriftlicher Bestätigung einen Beschluss über Preislimiten, Produktionskontingente, Konditionen usw. fasst, wobei ausdrücklich oder stillschweigend die rechtliche Verbindlichkeit ausgeschlossen wird³³; ein solches Gentlemen's Agreement wird oft in sehr verschleierte Form, sozusagen im Plauderstil abgeschlossen, ohne dass ein ausdrücklicher Beschluss festgestellt werden könnte (sog. Gary Dinners)³⁴. Ein Kartelloid kann aber auch in der Weise organisiert sein, dass die Leitung eines Wirtschaftsverbandes fakultative Richtpreise aufstellt oder Tarife veröffentlicht, welche entweder bestimmte Preise enthalten oder eine einheitliche Kalkulation herbeiführen sollen³⁵. Gerade im letzten Fall zeigt sich, dass die Grenzziehung zwischen kartelloider Preisbeeinflussung und legitimer wirtschaftlicher Information oft ausserordentlich schwer fallen wird und dass bei einer Gesetzgebung zur Einschränkung der Kartelloide sehr leicht auch der harmloseste Marktbericht suspekt werden kann. Abgesehen von solchen beweistechnischen Problemen — die jedoch, was in der kartellpolitischen Diskussion leider gerne übersehen wird, in einem Rechtsstaat ausschlaggebende Bedeutung erlangen können, weil es nicht angeht, gewissen materiellen Uebelständen durch staatlichen Zwang abzuhelpen, wenn man dabei infolge unumgänglicher rigoroser Präsumtionen viele

³⁰ Aeberhard 1/3; Marbach, Ueber das Kartell 27; derselbe, Hdb.; Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 6.

³¹ Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 6, 32; Marbach, Ueber das Kartell 27, 29.

³² Sten Bull StR 1939, 385.

³³ Aeberhard 3, wo sich ein Katalog aller Kartelloidarten findet.

³⁴ Tanner 68, Anm. 28.

³⁵ Aeberhard 17/30; Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 32.

Unschuldige trifft — und abgesehen davon, dass bei den Kartelloiden jeder interne Organisationszwang per definitionem ausgeschlossen ist, stellen sich bei den Kartelloiden die gleichen Fragen wie schon bei den Kartellen. Ein Kartelloid kann ebenfalls ergänzt sein durch sekundäre kartellmässige oder auch kartelloide Vereinbarungen³⁶.

III. KARTELLÄHNLICHE ORGANISATIONEN MIT ABSOLUTER BINDUNG DER ANGESCHLOSSENEN UNTERNEHMUNGEN: TRUSTS

Ein Trust entsteht, wenn der für Kartelle und ähnliche Organisationen wesentliche Zusammenschluss einer marktbeherrschenden Mehrheit von Marktteilnehmern zwecks monopolistischer Preisbeeinflussung auf finanzieller Grundlage, in grundsätzlich absoluter, d. h. in einer sämtliche Unternehmerfunktionen erfassenden Weise erfolgt^{37, 38}. Ein Trust kann entweder auf einer Fusion beruhen oder aber auf einem Holding-System, indem die erfassten Unternehmungen formell zwar ihre Selbständigkeit und eigene Rechtspersönlichkeit bewahren, materiell jedoch von einer Gesellschaft, welche die dazu notwendigen Kapitalanteile besitzt³⁹, beherrscht werden.

Die Trusts sind als kartellähnliche Organisationen im Sinne der Kartellbestimmung zu betrachten⁴⁰. Sie sind den Kartellen in ihrer wirtschaftlichen Funktion vollkommen gleich und könnten sie, wenn jene allein von einer staatlichen Intervention betroffen würden, in vielen Fällen ersetzen. Der Unterschied, der in der grundsätzlichen Selbständigkeit der Kartellmitglieder und der grundsätzlich absoluten Bindung der Trustglieder besteht, ist formeller Natur und daher vom Gesichtspunkt des Schutzes der freien Konkurrenz aus gesehen irrelevant⁴¹. Die letzte und darum entscheidende materielle Stellungnahme zur Kartellbestimmung im Laufe der parlamentarischen Beratungen über die neuen Wirtschaftsartikel ging eindeutig dahin, dass die Trusts ebenfalls erfasst seien⁴². Noch

³⁶ Aeberhard 13/4.

³⁷ Im Gegensatz zu den Kartellen, deren Mitglieder grundsätzlich selbständig sind.

³⁸ Liefmann 14, 344; Saitzew, Horizontal und Vertikal 7/11; Böhler, Grundlehren 34; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 100; Ruchti; Feldmann 15'8, 45/9; Friedländer 14; Mislin 10; Schärer 5/7; Naegeli 206; Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 18/9.

³⁹ Welcher Anteil am Kapital einer Gesellschaft zu deren Beherrschung genügt, ist eine schwierige Ermessensfrage; das Minimum liegt wohl oft unter 50 Prozent.

⁴⁰ Gl. M. Nef, HGF 43; Tanner 50/78; a. M. Marti 175; Haussmann, «Antitrust».

⁴¹ Vgl. oben S. 51; a. M. Marti 175.

⁴² Sten Bull StR 1945, 198, 237.

vor der Volksabstimmung über die neuen Wirtschaftsartikel wurde im bundesrätlichen Bericht über das Volksbegehren betreffend «Wirtschaftsreform und Rechte der Arbeit» vom 14. Oktober 1946 die Ansicht vertreten, dass trustartige Zusammenschlüsse als kartellähnliche Organisationen zu betrachten seien⁴³. In den parlamentarischen Kommissionen wurde in Uebereinstimmung mit der bundesrätlichen Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln⁴⁴ mehrfach erklärt, die Trusts seien in den kartellähnlichen Organisationen inbegriffen, man habe sie nur um der Vermeidung des Fremdwortes willen nicht namentlich erwähnt⁴⁵; der Umstand, dass der Kommissionsreferent vor dem Ständerat als Beispiele kartellähnlicher Organisationen nur Kartelloide aufzählte⁴⁶, kann nicht als Beweis für eine Meinungsänderung gelten, ganz abgesehen davon, dass im Verlaufe der Neufassung der neuen Wirtschaftsartikel die Trusts dann vom neuen ständerätlichen Kommissionsreferenten ausdrücklich als ähnliche Organisation bezeichnet wurden⁴⁷. Wenn die Materialien in bezug auf die Frage, ob Trusts grundsätzlich als kartellähnliche Organisationen zu betrachten seien, mehr oder weniger eindeutig sind, so sind sie es allerdings nicht im selben Masse bezüglich der Abgrenzung des Trustbegriffs. Aus den Beratungen im Rahmen der ständerätlichen Kommission über die Frage, ob auch monopolistische Einzelunternehmungen der Kartellbestimmung zu unterstellen seien, welche, wie dargelegt, eindeutig verneint wurde⁴⁸, könnte geschlossen werden, dass man nicht nur alle nichtorganisatorischen Monopole, sondern auch die Trusts, welche auf einer Fusion beruhen und also formell Einzelunternehmungen sind, ausschliessen wollte; dies umso mehr, als vereinzelte Autoren den Trustbegriff ebenfalls auf Holding-Systeme beschränken⁴⁹. Will man diesen Schluss ziehen, stellt man sich jedoch in Gegensatz zu dem doch auch vom Verfassungsgesetzgeber anerkannten Grundsatz⁵⁰, dass für die Unterstellung wirtschaftlicher Organisationen unter den Kartellbegriff ihre gleiche wirtschaft-

⁴³ BBl 1946 III 839.

⁴⁴ Botschaft 889.

⁴⁵ NR-Kommission, Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 75; StR-Kommission, Protokoll zur 2. Session vom 3./4. 11. 38, 26; zur 5. Session vom 1./3. 5. 39, 13. Vgl. auch Sten Bull NR 1938, 354.

⁴⁶ Sten Bull StR 1939, 385

⁴⁷ Vgl. oben Anm. 42.

⁴⁸ Vgl. oben S. 53 ff., insbes. Anm. 18/23.

⁴⁹ Von den in Anm. 38 angeführten Autoren einzig Böhler; der gl. M. scheint offenbar auch Marti, 175, zu sein.

⁵⁰ Vgl. Anm. 1.

liche Funktion, nicht aber ihre rechtliche Struktur massgebend sein soll⁵¹. Richtigerweise wird man demnach monopolistische Fusionsgebilde, auch wenn sie formell in einer einzigen Rechtspersönlichkeit aufgehen, als Trusts betrachten und der Kartellbestimmung unterstellen, im Gegensatz zu monopolistischen Einzelunternehmen im materiellen Sinn, deren Monopolstellung nicht auf einem Zusammenschluss (aktueller oder virtueller) Konkurrenten beruht und die darum, wie oben ausgeführt, von der Kartellbestimmung nicht betroffen sind.

Die Unternehmenskonzentrationen auf finanzieller Grundlage dienen weitgehend der Rationalisierung; die moderne Technik bedingt oft den Grossbetrieb, und zur rationelleren Gestaltung des Produktionsprogrammes, des Verkaufes und der Reklame, zur Schaffung einer erweiterten finanziellen Grundlage usw. erweist sich oft die Zusammenfassung mehrerer Betriebe in einem Unternehmen oder mehrerer Unternehmungen in einer noch grösseren als nützlich⁵². So konnten bei der Bildung eines Whiskytrusts auf einen Schlag 300 Reisende entlassen werden⁵³. Es ist klar, dass es dem Sinn der Kartellbestimmung geradezu widersprechen würde, wenn man sie gegen solche im Wesen der freien Konkurrenz liegende Auswirkungen wirtschaftlicher Konzentration anwenden wollte^{53a}. Aber auch in jenen Fällen, in denen die wirtschaftliche Konzentration nur dem individuellen Machtstreben oder falscher Berechnung entspringt, ohne dass sie sich durch ökonomische Ueberlegungen rechtfertigen liesse, steht die Anwendbarkeit der Kartellbestimmung keineswegs fest, denn mit den Kartellen und ähnlichen Organisationen trifft man, was nun schon mehrfach nachgewiesen wurde, nur eine ganz bestimmte Art von Konzentrationsgebilden, nämlich jene, welche auf die Marktbeherrschung und die künstliche Preisbeeinflussung gerichtet sind⁵⁴. Da jedoch eine Unternehmenszusammenfassung auf finanzieller Grundlage an sich allen wirtschaftlichen Zwecken dienen kann, weil sie eben eine grundsätzlich absolute ist, da man bei ihr die Preisbeeinflussungsabsicht nicht wie bei

⁵¹ Nef, HGF 43; Marti 175.

⁵² Bresciani-Turroni 177; Feldmann 46; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 7 ff., 100, 154; Küng 76/7; Marbach, Antimonopolistische Intervention 224, 230; Saitzew, Horizontal und Vertikal 6/11; derslb., Organisationsprobleme 5/7; Naegeli, Die Doppelgesellschaft 198, 278/9; Wolf 207; Wolfers 12; Artikel «Das Schicksal der I. G. Farbenindustrie» in NZZ Nr. 2082/1948 und «Die Produktivität der schweizerischen Baumwollindustrie» in NZZ Nr. 821/1951.

⁵³ Lang 15.

^{53a} Botschaft 839.

⁵⁴ Gl. M. Haussmann, «Antitrust».

einem Kartell aus der Natur einer Vereinbarung ableiten kann, ist sie nur dann als Trust gekennzeichnet, wenn nachgewiesen ist, dass sie, wenn nicht eine Monopolstellung, so doch eine zur Preisbeeinflussung genügende marktbeherrschende Stellung einnimmt⁵⁵. Nur wenn bewiesen ist, dass eine wirtschaftliche Organisation den Markt soweit beherrscht, dass die Marktgegenseite zu einem erheblichen Teil auf sie angewiesen ist und nicht auf Offerten von Aussenseitern ausweichen kann, darf sie als Trust angesprochen und der Kartellbestimmung unterstellt werden⁵⁶. Damit sind jedoch sehr viele Unternehmenskonzentrationen, welche ausserhalb der Wissenschaft als Trusts bezeichnet werden, vom Anwendungsbereich der Kartellbestimmung ausgeschlossen, und der Bund sieht sich bei seiner Trustbekämpfung auf ein sehr enges Wirkungsfeld beschränkt⁵⁷. In einem fundamentalen Irrtum befindet man sich, wenn man glaubt, auf Grund der Kartellbestimmung durch Ausweitung des Trustbegriffs den gewerblichen Mittelstand schützen zu können, indem man Grossunternehmungen, Warenhäuser und andere Grossverteiler des Detailhandels (wie, um nur ein Beispiel zu nennen, die Migros), vertikale Konzerne, die mehrere Produktions- und Handelsstufen umfassen (wie z. B. Schuhfabriken, welche zugleich den Schuhhandel betreiben) und ähnliche Gebilde schlechthin, ohne dass sie monopolistisch wären⁵⁸, vielmehr gerade, weil sie im Sinne der Rationalisierung wirken, als kartellähnliche Organisationen betrachtet und entsprechend von Staates wegen einschränkt^{59, 60}.

Damit eine marktbeherrschende wirtschaftliche Organisation als Trust im Sinne der Kartellbestimmung qualifiziert werden kann, muss nachgewiesen sein, dass ihre marktbeherrschende Stellung die Folge des Zusammenschlusses von Unternehmern ist, die sich sonst als Konkurrenten gegenüberstehen würden⁶¹. Von den Trusts sind jene marktbeherrschenden

⁵⁵ Vgl. oben S. 27/9; Haussmann, Kartellbegriff 11; Lüthi 22; Mead 65/6.

⁵⁶ Vgl. oben S. 26/7.

⁵⁷ Deutsche Gewerkschaften 17/9; Bericht des BR über die Kriseninitiative 327. — Bezüglich oligopolistischer Unternehmerzusammenschlüsse vgl. § 1, Anm. 51.

⁵⁸ Solange es noch eine grössere Zahl von Kleinbetrieben gibt, die gegen sie geschützt werden sollen, können sie ja gar nicht monopolistisch sein.

⁵⁹ Vgl. einen entsprechenden neuesten Vorschlag von Seiten des mittelständischen Detailhandels in der Schweizerischen Handelszeitung Nr. 12/1951, Aeltere Bestrebungen in dieser Richtung: Motion Joss vom 29. 3. 33, Sten Bull NR 1933, 314 ff.; Motion Amstalden vom 12. 4. 33, Sten Bull StR 1933, 164 ff.; Postulat Vallotton vom 13. 6. 35, Sten Bull NR 1935, 396 ff.; insbesondere Votum Bürki in der Generaldebatte über die neuen Wirtschaftsartikel, Sten Bull NR 1938, 310.

⁶⁰ Vgl. dazu die ebenfalls ablehnende Stellungnahme von Haussmann, «Antitrust»; ferner Botschaft 839, 921.

⁶¹ Schneeberger 19.

den Unternehmungen streng zu unterscheiden, die aus sich selbst herausgewachsen sind, sei es, dass sie die Konkurrenz infolge eines Leitungsvorsprungs überwunden haben, sei es, dass gar nie eine Konkurrenz gegen sie aufgestanden ist⁶²; das kann insbesondere auch für Konzerne gelten, die der Form nach aus mehreren selbständigen Unternehmungen bestehen, welche durch das Mittel finanzieller Beherrschung zusammengehalten werden, wirtschaftlich gesehen jedoch seit jeher eine Einheit und keine Koalition bildeten. Aber auch dort, wo nachgewiesen ist, dass einem marktbeherrschenden Grossunternehmen der Zusammenschluss mehrerer Konkurrenten zugrunde liegt, handelt es sich nicht unbedingt um einen Trust, da der betreffende Zusammenschluss an sich die Marktbeherrschung eventuell gar nicht herbeiführen konnte, sondern nur der Rationalisierung diene, während die Marktherrschaft erst die Folge eines vielleicht gerade wegen des rationellen Zusammenschlusses entstandenen Leistungsvorsprungs ist. Es muss mit andern Worten beim Trust ein Kausalzusammenhang zwischen Koalition und Monopol nachgewiesen sein. Es liegt auf der Hand, dass das für Trusts als kartellähnliche Organisationen begriffsnotwendige Merkmal der organisatorischen Monopolbildung, da es genetischer Natur ist, in praxi noch schwerer festzustellen ist als das Merkmal der Marktbeherrschung⁶³, und es ist begreiflich, wenn man die Trusts, weil sie so schwer von anderen Monopolgebilden und von nicht-monopolistischen Konzernen zu unterscheiden sind, von der Kartellbestimmung lieber hätte ausgeschlossen wissen wollen. Am ehesten wird sich der organisatorisch-monopolistische Charakter einer wirtschaftlichen Organisation im Momente ihrer Entstehung nachweisen lassen; diese Möglichkeit ist immerhin nicht ohne Relevanz angesichts der Tatsache, dass heute wenigstens in der Schweiz noch nicht sehr viele Trusts im strengen Sinne des Wortes existieren⁶⁴ und dass es ja vor allem darum geht, im Zusammenhang mit einer allfälligen Kartellgesetzgebung ein Ausweichen auf trustartige Formen des monopolistischen Zusammenschlusses zu verhindern⁶⁵.

Weil eine marktbeherrschende Unternehmenszusammenfassung auf finanzieller Grundlage, da sie absoluter Natur ist, an sich allen wirtschaft-

⁶² Botschaft 839; vgl. ferner die oben S. 22, Anm. 16 angeführte Literatur.

⁶³ Vgl. oben S. 28/9.

⁶⁴ Marti 175.

⁶⁵ Vgl. oben Anm. 57.

⁶⁶ StR-Kommission, Protokoll zur 6. Session vom 31. 5. 39, 3; Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung 361; Wolf 263.

lichen Zwecken dienen kann, weil nie in schlüssiger Weise nachgewiesen werden könnte, dass eine subjektive Preisbeeinflussungsabsicht mit ihr verbunden ist, muss sie allein auf Grund ihrer objektiven Merkmale, weil sie eben infolge ihrer marktbeherrschenden Stellung zumindest zur Preisbeeinflussung geeignet ist, als Trust der Kartellbestimmung unterstellt werden⁶⁷. Es ist nun aber durchaus möglich, ja sogar sehr wahrscheinlich, dass ein Trust nicht nur auf die Preisbeeinflussung, sondern auch auf die Rationalisierung gerichtet ist⁶⁸; es ist auch denkbar, dass ein Unternehmenszusammenschluss ausschliesslich der Rationalisierung dienen soll und dass die auf ihm beruhende marktbeherrschende Stellung zufälligen Charakter hat⁶⁹. Daraus ergibt sich die äusserst heikle Aufgabe, welche zur crux jeder Antitrustpolitik werden kann, die Trusts in ihren künstlichen Preisbeeinflussungsmassnahmen einzuschränken, ohne sie zugleich in ihren legitimen, dem Prinzip der freien Konkurrenz entsprechenden Unternehmerdispositionen zu behindern^{69a}. In Amerika, wo die Trusts grundsätzlich verboten sind, wurde aus diesem Grunde die berühmte rule of reason aufgestellt, welche für Trusts, soweit sie der Rationalisierung dienen, Ausnahmen vom Verbot macht⁷⁰. In der Schweiz wird die Funktion der rule of reason durch die Kartellbestimmung selbst erfüllt, indem diese staatliche Massnahmen gegen Trusts von vornherein nur im Rahmen der Bekämpfung schädlicher monopoltypischer Wirkungen zulässt⁷¹. Auf die damit zusammenhängenden Probleme ist erst später einzutreten.

⁶⁷ Vgl. oben S. 29.

⁶⁸ Feldmann 46; Marbach, Antimonopolistische Intervention 224, 230; Lang 15; Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 18/9.

⁶⁹ Vgl. oben S. 29

^{69a} Deutsche Gewerkschaften 20; Botschaft 839.

⁷⁰ Wolf 205, 207; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 154; derslb., Kartellbegriff 11; Standard Oil of New Jersey v. U. S. (1911) 221 U. S. 58; U. S. v. Shoe Machinery Co. (1918) 247 U. S. 55/6; U. S. v. Steel Corporation (1920) 251 U. S. 442. In der neuesten Praxis wird allerdings die rule of reason weitgehend aufgegeben und die Trustbildung, wie das bei den Kartellen seit jeher der Fall war, per se als illegal betrachtet; dies geschieht vor allem aus der Erwägung heraus, dass die wirtschaftliche Machtzusammenballung aus soziologischen und moralischen Gründen zu unterbinden sei, ganz ohne Rücksicht darauf, ob sie durch vernünftige wirtschaftliche Argumente gerechtfertigt werden könnte oder nicht; vgl. U. S. v. Aluminium Co. of America (Alcoa) (1945) 148 F. 2nd 427/9; U. S. v. Columbia Steel (1948) 324 U. S. 436.

⁷¹ Vgl. oben S. 29.

IV. RINGE

Kartellähnliche Organisationen besonderer Art sind die sog. Ringe⁷²; es handelt sich hierbei um die Verbindung mehrerer Wirtschaftssubjekte, sei es auf der Basis rechtlicher oder auch nur moralischer Verpflichtungen, zur Ermöglichung eines Corners⁷³. Die Ringe unterscheiden sich von den Kartellen nicht durch ein formales Kriterium, sondern durch die besondere Art der von ihnen bezweckten Preisbeeinflussung, eben den Corner: dieser besteht darin, dass durch den vorübergehenden Aufkauf und die Zurückhaltung des verfügbaren Angebots eines Produktes dessen Preis künstlich gesteigert werden soll⁷⁴. Corners, sei es auf der organisatorischen Basis eines Ringes, sei es durch einen Einzelnen⁷⁵, werden vor allem bei Börsenartikeln (Getreide, Kupfer, Wertpapiere) gebildet⁷⁶; sie spielten vor allem in Zeiten, in denen die einzelnen Märkte noch sehr wenig miteinander verbunden waren, eine grosse Rolle und sind heute, angesichts des modernen Verkehrs und der weltwirtschaftlichen Interdependenz der Märkte, für Private nicht mehr leicht realisierbar⁷⁷.

⁷² Nef, HGF 43.

⁷³ Böhler 27; Liefmann 20/1; Schärer 9.

⁷⁴ Vgl. Anm. 73.

⁷⁵ In diesem Fall ist die Kartellbestimmung selbstverständlich nicht anwendbar.

⁷⁶ Böhler 27.

⁷⁷ Liefmann 21.

2. Kapitel

§ 3. Die faktische Bedeutung der Kartelle und ähnlicher Organisationen

I. VOR- UND NACHTEILE DER KARTELLE UND ÄHNLICHER ORGANISATIONEN

Kartelle und ähnliche Organisationen sind sehr umstrittene Gebilde¹. Die Neoliberalen, welche die freie Konkurrenz im strengen statischen Sinne zu ihrem obersten Prinzip erhoben haben, erblicken in ihnen den Hauptfeind des wirtschaftlichen Fortschrittes und treten für ihr Verbot ein². Auf der andern Seite wollte man in ihnen «Organe einer höheren Form der vergesellschafteten Volkswirtschaft» erkennen³. Die herrschende schweizerische Lehre lässt sich dahin zusammenfassen, dass man die Auswirkungen der Kartelle und ähnlicher Organisationen im Prinzip als günstig beurteilt, jedoch zugleich anerkennt, dass gelegentlich Missbräuche marktbeherrschender Stellungen vorkommen. So ist die Preisbildungskommission der Ansicht, dass die Kartelle «weit mehr der Verhinderung unterkalkulierter Preise als der Ermöglichung von Monopolpreisen» dienen⁴; im gleichen Sinne haben sich in imponierender Einmütigkeit die Teilnehmer der dem Kartellproblem gewidmeten Jahresversammlung 1951 der schweizerischen Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft ausgesprochen⁵. Von bundesrätlicher Seite wurde im Schosse der nationalrätlichen Kommission für die neuen Wirtschaftsartikel der Kartellierung in der Benzinbranche das Zeugnis ausgestellt, dass «sie der Uebersetzung mit Tankstellen einen Riegel vorschob und gleichzeitig erlaubte, für die ganze Schweiz einen einheitlichen Benzinpreis aufzustellen, was insbeson-

¹ Nach Haussmann, Kartellbegriff 74 ff., gingen die Meinungen über die Nützlichkeit der Kartelle u. a. auch im Schosse der International Business Conference in Rye (15. 11. 41) und anlässlich der Verhandlungen der Internationalen Handelskammer über die Welthandelscharta (1. 4. 47) auseinander.

² Vgl. die im Literaturverzeichnis erwähnten Werke von Lippmann, Hayek, Böhm, Homburger, Eucken.

³ Schmoller, Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre I (6. A. Leipzig 1901) 452.

⁴ Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 6, 11/5.

⁵ Kartellproblem 231 ff.

dere den Gebirgsorten und der Hotellerie zugute kommt^{5a}. Der Verfassungsgesetzgeber hat, wie im einzelnen später noch nachzuweisen sein wird, die Kartelle und ähnlichen Organisationen dementsprechend als solche anerkannt und wollte mit der Kartellbestimmung nur eine Missbrauchsbekämpfung und kein grundsätzliches Verbot zulassen⁶.

Es liegt im Wesen der Kartelle und ähnlicher Organisationen, dass sie im Vergleich zu den Verhältnissen bei freier Konkurrenz höhere Preise und eine entsprechende Verringerung des Umsatzes, also eine schlechtere Bedürfnisbefriedigung bewirken und demnach eine gewisse Gefahr für die Konsumenten darstellen^{7, 8}. Trotzdem steht aber damit noch keineswegs fest, dass Kartell- und Trustpreise bei objektiver Betrachtung als übersetzt erscheinen. Wenn auch die freie Konkurrenz im Prinzip die ideale Kongruenz von Preisen und Kosten herbeizuführen vermag, ist doch in jedem Wirtschaftszweig eine Depression denkbar, bei der infolge einer Ueberproduktion mit Verlust verkauft werden muss, damit man wenigstens einen Teil der fixen Kosten decken kann⁹. Kartelle und ähnliche Organisationen dienen meist dazu, die Auswirkungen solcher Depressionen abzuschwächen, sie erscheinen als «Kinder der Not», welche ein weiteres Abgleiten bereits unterkalkulierter Preise und die damit zusammenhängenden Begleiterscheinungen, den Zusammenbruch schwächerer Unternehmungen, den Verlust der Verdienstmöglichkeit einer bestimmten Landesgegend, Arbeiterentlassungen usw. verhindern wollen¹⁰. Daraus ergibt sich, dass die Kartellierung oft als Mittel der Selbsthilfe zur Krisenverhütung im Sinne von BV 31 bis IV zu betrachten ist^{10a} und dass

^{5a} Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 44.

⁶ Vgl. vorerst Nef, HGF 44, und die dort angegebenen Materialien; ferner Marti 176.

⁷ Böhler, Grundlehren 204/5; Bresciani-Turroni 173/4; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 109; Lippmann 237; Lüthi 28/9; Jöhr 157, 179; Lang 12, 17; Botschaft 837/9; Aebi 9; Böhm, Monopolkampf 5, 40/1, 105 derslb., Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung 351; Marbach, Ueber das Kartell 15; derslb., Antimonopolistische Intervention, 227; Eggmann 82/3, 91/2; Küng 73.

⁸ Es werden hier wiederum alle Fragen nur von der Seite des Angebotsmonopols aus betrachtet.

⁹ Bresciani-Turroni 176; Liefmann 69/70; Eggmann 78/80; Küng 78; von Brunn 83/4.

¹⁰ Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 6, 11/2; Marbach, Ueber das Kartell 6, 10, 14, 17/8, 23/4; derslb., Hdb.; derslb., Antimonopolistische Intervention 227; Böhler 37/8; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 323, 420; Saitzew, Horizontal und Vertikal 26/7; derslb., Organisationsprobleme 43; Naegeli, Die Doppelgesellschaft 48; Lang 3/5; Brunner 2/3; Wolfers 20/1; von Brunn 30/1; Giese 23/5; Eulenburg 268.

^{10a} Marti 176.

sie insbesondere dazu dienen kann, kleineren Betrieben gegenüber besser fundierten Grossbetrieben, die bei freier Konkurrenz allein übrig bleiben würden, das Durchhalten zu ermöglichen^{10b}. Man wird demnach auch keinesfalls behaupten können, die organisatorische Monopolbildung an sich führe zur Arbeitslosigkeit^{10c}. Von den Kartellen und ähnlichen Organisationen wird oft die Verhinderung der Ueberproduktion, ganz allgemein eine Dämpfung der Konjunkturschwankungen erwartet¹¹, und es wird zu ihrer Verteidigung darauf hingewiesen, dass die momentan tiefsten Preise auf die Dauer nicht immer als die volkswirtschaftlich günstigsten erscheinen¹². Andererseits kann die durch Kartelle und ähnliche Organisationen gewährleistete relative Preissicherung, ganz abgesehen davon, dass sie hin und wieder zur Erzielung übermässiger Gewinne missbraucht wird, unnötige Investitionen veranlassen; sie kann die Ueberwindung einer Krise verzögern, eine ungesunde Erstarrung bewirken¹³. Auf das Streben nach Qualitätssteigerungen und vermehrter Rationalisierung scheint die durch die private organisatorische Monopolbildung verursachte teilweise Aufhebung des Leistungswettbewerbes keinen nachteiligen Einfluss auszuüben, da die Kartellmitglieder immer mit der Auflösung der preissichernden Organisationen rechnen müssen und zudem durch eine bessere und rationellere Produktion auf eine günstigere Position innerhalb des Kartells hoffen können¹⁴, während die Trusts immerhin mit der Konkurrenz durch Substitutionsprodukte und der Gründung neuer, modernerer Unternehmungen rechnen müssen¹⁵. Damit ist die Frage nach den natürlichen Grenzen der privaten Monopolbildung angeschnitten, die im nächsten Abschnitt zu behandeln ist.

Die wenigen Ausführungen über die Vor- und Nachteile der Kartelle und ähnlicher Organisationen führen zu der für den Gesetzgeber wichtigen Feststellung, dass erstens die Schädlichkeit oder Nützlichkeit solcher Organisationen nur auf Grund eingehender wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchungen des Einzelfalles ermittelt werden kann und dass zweitens

^{10b} Feldmann 18, 96, 141; Lüthi 56; Marbach, Antimonopolistische Intervention 226/8; derslb., Kartellproblem 223/5; Geyer.

^{10c} Saitzew, Organisationsprobleme 47/8; Jöhr 181; Marbach, Antimonopolistische Intervention 228.

¹¹ Liefmann 177, 181; Saitzew, Organisationsprobleme 44; Feldmann 41; Lüthi 32/3; Schumpeter 148/50.

¹² Marbach, Ueber das Kartell 21; Liefmann 249.

¹³ Homburger 47/9; Böhm, Monopolkampf 34, 38, 58/60, 246; Lippmann 83/4; Lüthi 33/4; Liefmann 82; Bericht des BR über die Kriseninitiative 326.

¹⁴ Das gleiche gilt von den Kartelloiden.

¹⁵ Saitzew, Horizontal und Vertikal 24; Lüthi 33/4; Marbach, Ueber das Kartell 36.

die Beurteilung der Auswirkungen organisatorischer Monopole von sehr verschiedenen Standpunkten aus erfolgen kann, wobei man je nach ihrer Wahl zu sehr unterschiedlichen Resultaten gelangen kann. Ein Kartellgesetz wird nur dann sinnvoll sein, wenn es die Standpunkte genau festlegt, von denen aus die Schädlichkeit der betroffenen wirtschaftlichen Organisationen zu ermitteln ist.

II. DIE FAKTISCHEN GRUNDLAGEN UND GRENZEN DER KARTELLE UND ÄHNLICHER ORGANISATIONEN

Der Gesetzgeber muss sich darüber im klaren sein, dass die private organisatorische Monopolbildung eine natürliche, einem starken Bedürfnis entspringende Entwicklung darstellt¹⁶ und dass die freie Konkurrenz in praxi äusserst selten zu finden ist^{16a}. Auch die Neoliberalen geben dies indirekt zu, indem sie immer wieder betonen, dass die von ihnen herbeigewünschte freie Konkurrenz ein «höchst gebrechliches Kunstprodukt der Zivilisation» sei¹⁷. Die schweizerische Wirtschaft ist denn auch zu einem grossen Teil und sehr intensiv von Kartellen und Kartelloiden beeinflusst¹⁸, während die Trusts allerdings — wahrscheinlich gerade darum, weil für die Kartellierung keine Beschränkungen bestehen¹⁹ — eher selten zu sein scheinen²⁰. Auf der andern Seite, und das kann nicht genug betont werden, bestehen für die Intensität der Auswirkungen der organisatorischen Monopolbildung natürliche Grenzen²¹, so dass es sicher kein Zufall ist, wenn die Kartelle und ähnliche Organisationen meist nur gewissen bei Depressionen überhand nehmenden Wettbewerbsexzessen zu begegnen versuchen und ihre Macht selten missbrauchen²². Man darf daher die Gefährlichkeit der Kartelle und ähnlicher Organisationen nicht überschätzen.

Einer intensiven Ausgestaltung der organisatorischen Monopolbindungen wirkt zunächst der im Emotionalen wurzelnde Individualismus der

¹⁶ Lang 1; Marbach, Ueber das Kartell 14; Smith, vgl. Motto.

^{16a} Jöhr 183/4; Schumpeter 130/4; Marbach, Kartellproblem 220.

¹⁷ Homburger 62; Böhm, Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung 388.

¹⁸ Bericht des BR über die Kriseninitiative 326; Haussmann, Kartellbegriff 5; Marbach, Hdb.; Eggmann 59; Marbach, Ueber das Kartell 34.

¹⁹ Haussmann, Kartellbegriff 10/1; Kaufmann, Das amerikanische Antitrustrecht.

²⁰ Bericht des BR zur Kriseninitiative 327.

²¹ Abgesehen davon, dass die Höhe der Monopolpreise ohnehin durch die Nachfragekurve begrenzt ist; vgl. oben S. 21/2.

²² Böhrer, Grundlehren 37/8; Bresciani-Turroni 176; Haussmann, wirtschaftliche Konzentration 323, 420.

einzelnen Unternehmer entgegen²³. Entscheidend ist aber, dass auch die Aussicht auf materielle Vorteile den einzelnen Unternehmer, obschon sie ihn einerseits zum monopolistischen Zusammenschluss bestimmt, andererseits immer wieder zur Erneuerung der freien Konkurrenz bewegt. Jeder Unternehmer ist versucht, seinen Preis etwas unterhalb des von der monopolistischen Organisation festgesetzten Preises, wenn auch immer noch über dem Kostenniveau, anzusetzen und so zu Lasten der am vereinbarten höheren Preis festhaltenden Konkurrenten eine Umsatz- und Gewinnsteigerung zu erzielen; es finden sich denn auch immer wieder Beispiele für das Weiterbestehen einer offenen oder versteckten Konkurrenz trotz des Zusammenschlusses zu einer monopolistischen Organisation²⁴. Je grösser die Spanne zwischen dem monopolistischen Preis und dem Kostenniveau wird, umso mehr wächst für die monopolistischen Organisationen auch die Gefahr, dass «im Schatten» des von ihnen geforderten überhöhten Preises Aussenseiter als Unterbieter auftreten: diese latente Gefahr der Aussenseiterkonkurrenz stellt eine äusserst wirkame, natürliche Schranke für die missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung dar²⁵. Damit wird zugleich die grosse Bedeutung offenbar, die bei einer Kartell- und Trustgesetzgebung den sekundären Kartellvereinbarungen zukommen wird, denn diese sind es, welche die natürliche Begrenzung der Monopolpreisbildung aufzuheben versuchen und damit die organisatorischen Monopole erst wirklich gefährlich werden lassen²⁶; es muss aber beachtet werden, dass es auch eine *schädliche* Aussenseiterkonkurrenz geben kann, die eine zwar monopolistische, bei objektiver Betrachtung unter volkswirtschaftlichen oder sozialen Aspekten jedoch als durchaus gesund zu beurteilende Preisbildung untergräbt²⁷.

Kartelle und ähnliche Organisationen sehen sich bei der Preisbeeinflussung nicht nur durch die Gefahr der Aussenseiterkonkurrenz inner-

²³ Lüthi 20; von Brunn 63, 76; in der Schweiz wird allerdings der an sich ausgeprägte Unternehmerindividualismus oft vom noch ausgeprägteren, für die Kartellierung sehr förderlichen Hang zur «Vereinsmeierei» übertrumpft; vgl. Lüthi 51.

²⁴ Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 15; Böhm, Monopolkampf 91; Geyer; Marbach, Hdb.; Aebi 12; Lüthi 29.

²⁵ Sten Bull StR 1936, 236; 1933, 170; Böhler 37/8; 204/5; Bresciani-Turroni 178; Feldmann 12, 60; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 49; Lüthi 28/9, 31; Marbach, Hdb.; Preisbildungskommission, Sonderheft 27, 13, 42; Sonderheft 31, 11; Jöhr 180; Liefmann 91; Saitzew, Horizontal und Vertikal 33; von Brunn 61/2, 82.

²⁶ Liefmann 143.

²⁷ Marbach, Ueber das Kartell 33; derslb., Antimonopolistische Intervention 225; Brunner 11/2; Liefmann 127; Aebi 12.

halb der eigenen Branche beschränkt, sondern vor allem auch durch die Substitutionskonkurrenz²⁸. Wenn die Backsteinfabrikanten ihre Preise auf der Grundlage eines monopolistischen Zusammenschlusses übermässig hoch halten, wird ihr Umsatz zugunsten der Hersteller hochisolierender Leichtbaustoffe in verlustbringender Weise zurückgehen; ebenso werden die Holzproduzenten durch übermässige Preissteigerungen beim Bauholz dessen Verdrängung durch moderne Baustoffe erst recht fördern. In der modernen Wirtschaft, die sich infolge der technischen Entwicklung in einem stetigen rapiden Umwälzungsprozess befindet, ist die Konkurrenz innerhalb der Branche viel weniger wichtig als die Konkurrenz der neuen Ware, der neuen Versorgungsquelle, des neuen Organisationstypus, des neuen technischen Verfahrens, kurz «jene Konkurrenz, die über einen entscheidenden Kosten- und Qualitätsvorteil gebietet und die bestehenden Firmen nicht in den Profit- und Produktionsgrenzen, sondern in ihren Grundlagen, ihrem eigentlichen Lebensmark trifft²⁹». Viele monopolistische Organisationen erscheinen deshalb, obwohl sie an sich der Kartellbestimmung unterstellt sind, als gänzlich irrelevant, weil ihre marktbeherrschende Stellung angesichts der Substitutionskonkurrenz rein formaler Natur ist³⁰: ein relevantes Monopol liegt erst dann vor, wenn es alle Möglichkeiten der Befriedigung eines bestimmten wirtschaftlichen Bedürfnisses erfasst und nicht nur eine bestimmte wirtschaftliche Leistung, die lediglich eine unter vielen Möglichkeiten zur Befriedigung des fraglichen Bedürfnisses darstellt³¹. Bei der Handhabung einer Kartell- und Trustgesetzgebung wird sich darum die schwierige Ermessensfrage stellen, wie weit man bei der Anerkennung der Bedürfnisdifferenzierung gehen will, wann man bei einer monopolisierten wirtschaftlichen Leistung annehmen will, sie lasse sich durch eine Substitutionskonkurrenzleistung nicht mehr ebenbürtig ersetzen³². In der Literatur wird diese Ermessensfrage oft so formuliert, dass man zwischen elastischer und unelastischer Nachfrage unterscheidet, und in der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln wird verlangt, dass man vor allem gegen übermässige monopolistische Preise bei «wichtigen» Bedarfsartikeln einschreite³³. Ganz ähn-

²⁸ Lüthi 29; deutsche Gewerkschaften 13/4; Böhler, Die Konkurrenz als Organisationsprinzip der Wirtschaft.

²⁹ Schumpeter 140. Vgl. auch Preisbildungskommission, Sonderheft 57, S. 11, 32, betreffend die Konkurrenzverhältnisse im Baugewerbe.

³⁰ Böhler, a. a. O.

³¹ von Brunn 35.

³² Böhler 174, Grundlehren; Böhm, Monopolkampf 33/4; Eucken 244.

³³ Lüthi 48/9.

liche Probleme stellen sich auch bei der Umschreibung des für den Nachweis der Marktbeherrschung massgebenden Marktgebietes. Handelt es sich z. B. bei einer Preisvereinbarung der Schweizer Hoteliers um eine marktbeherrschende Organisation, also um ein Kartell, oder müsste sie zur Erlangung der Kartellqualität sämtliche europäischen Fremdenverkehrsgebiete umfassen, könnte also m. a. W. dem schweizerischen Ferienpublikum bei übersteigerten schweizerischen Hotelpreisen ein Ausweichen auf ausländische Ferienorte zugemutet werden? Könnte man auch schon von einem Kartell sprechen, wenn nur die Hotelpreise eines bestimmten Kurgebietes, z. B. Graubündens, gebunden wären? ^{34a}.

Wenn schon von Bundes wegen gegen Kartelle und ähnliche Organisationen eingeschritten werden soll, darf keinesfalls ausser acht gelassen werden, dass solche Organisationen gerade durch staatliche Massnahmen in entscheidender Weise gefördert werden. Durch die künstliche Markteingengung infolge von Zöllen, Einfuhrkontingentierungen, Devisenbewirtschaftung usw., aber auch durch den innerstaatlichen Protektionismus, der vermittelt Bedürfnisklauseln, Fähigkeitsausweisen usw. auf eine Beschränkung der Marktteilnehmerzahl abzielt, werden die Kartellierung und andere Monopolbildungen geradezu hervorgerufen ³⁵. Viele Autoren sind der Ansicht, dass sich die organisatorische Monopolbildung, wenn sie nicht durch die staatliche Wirtschaftspolitik gefördert würde, schon infolge ihrer natürlichen Beschränkung durch die offene oder latente Aussen-seiter- und Substitutionskonkurrenz im wesentlichen an die von der volkswirtschaftlichen Vernunft und dem Allgemeinwohl gesetzten Grenzen halten müsste, so dass eine besondere Monopolgesetzgebung überflüssig wäre ³⁶. Jedenfalls steht fest, dass das beste Mittel zur Verhütung von schädlichen Auswirkungen der Kartelle und ähnlicher Organisationen im Abbau der staatlichen protektionistischen Wirtschaftsrestriktionen jeder Art besteht ³⁷.

^{34a} Vgl. U. S. v. Columbia Steel (1948) 324 U. S. 508/11.

³⁵ Botschaft betr. die Ueberwachung der Preise 536, 540, 544; Sten Bull StR 1935, 254 ff.; Botschaft 839; Böhler 37/8; Bresciani-Turroni 179; Hayek 67 ff.; Lüthi 86 ff.; Aebehard 9; Eggmann 78/80 Lang 49/54 Liefmann 263; Saitzew, Organisationsprobleme 38/9: Marbach, Kartellproblem 217, bezeichnete den Staat als «einen grossen Sünder wider den freien Wettbewerb», als «einen grossen Kartellförderer und Monopolmacher».

³⁶ Böhler, Grundlehren 37/8; Bresciani-Turroni 177; Lang 49, Marbach, Antimonopolistische Intervention 231.

³⁷ Sten Bull NR 1933, 325; Lang 54.

3. Kapitel

Die Kartelle und ähnliche Organisationen unter dem Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit

§ 4. Das Wesen der Handels- und Gewerbefreiheit

I. DIE VEREINBARKEIT DER PRIVATEN ORGANISATORISCHEN MONOPOLBILDUNG MIT DER HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT (HGF)

Gemäss einer weitverbreiteten, volkstümlichen Vorstellung verstossen die Kartelle und ähnliche Organisationen, da sie die freie Konkurrenz unterbinden, gegen die Handels- und Gewerbefreiheit (HGF) ¹. Diese Vorstellung entspricht weitgehend der neoliberalen Theorie, nach welcher das Wesen der wirtschaftlichen Freiheit im Automatismus des Wirtschaftsablaufs, in der Unmöglichkeit seiner willkürlichen Beeinflussung durch den Staat sowohl als durch die Wirtschaftssubjekte beruht, und die darum in der HGF die umfassende Garantie für die Verwirklichung der freien Konkurrenz ^{1a} sehen will ². Sie ist jedoch, gemessen an der positiven Rechtsordnung, in doppelter Hinsicht falsch: einmal, weil die HGF als Individualrecht nur für das Verhalten des Staates, nicht aber für dasjenige der Privaten eine Schranke aufstellt, was in diesem ersten Abschnitt nachgewiesen werden soll; ferner — und das ist entscheidend —, weil die HGF nicht nur die freie Konkurrenz vor staatlichen Eingriffen schützt, sondern die privatautonome Wirtschaftsgestaltung schlechthin, auch in ihren monopolistischen Formen; auf die zu dieser zweiten Feststellung führende Frage nach dem Schutzobjekt der HGF ist im nächsten Abschnitt einzutreten.

¹ Vgl. dazu Botschaft 849; Feldmann 139.

^{1a} Eines Zustandes also, bei dem infolge der infinitesimalen Segmentierung des Marktes alle Produktions- und Austauschgrössen objektiv gegeben sind, woraus sich eben der Automatismus des Wirtschaftsablaufs ergibt; vgl. oben S. 20/1.

² Böhm, Monopolkampf 40/1, 58/60, 89, 94, 105, 107, 120; Hayek 36/7; Lippmann 238; Homburger 65 ff.

Viele Unternehmer glauben, sich gegen Beschränkungen ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit in bezug auf die Preisfestsetzung, die Bestimmung der Produktionsmenge, die Wahl ihres Tätigkeitsgebietes oder ihrer Tätigkeit überhaupt usw., welche ihnen Private durch die gerichtliche Geltendmachung von Kartellvereinbarungen oder durch die Machtmittel des Monopolkampfes auferlegen wollen, in der gleichen Weise unter Berufung auf die HGF schützen zu können wie gegenüber entsprechenden Beschränkungen von Seiten des Staates³. Sie gehen davon aus, dass BV 31 I als unmittelbar anwendbare, zwingende Rechtsvorschrift den privaten Wirtschaftssubjekten so gut wie dem Staat die Behinderung des freien Wettbewerbs verbiete, und schliessen daraus, dass eine Kartellvereinbarung von vornherein widerrechtlich und demnach unverbindlich im Sinne von OR 19 II / 20 I sei und dass ein Boykott oder eine ähnliche Monopolkampfmassnahme in jedem Fall wegen Widerrechtlichkeit die Pflicht zum Schadenersatz gemäss OR 41 I nach sich ziehe. Einer solchen Interpretation des Verfassungsgrundsatzes der HGF wurde jedoch (bis 1911) vom Bundesrat und vom Bundesgericht seit jeher entgegengehalten, dass die HGF wie jedes Individualrecht⁴ nur die staatliche Tätigkeit einschränke und keine unmittelbar anwendbare Bestimmung für die Beurteilung von privaten Konkurrenzbeschränkungen darstelle^{4a}. «Art. 31 BV bezieht sich, wie das Bundesgericht wiederholt entschieden hat, lediglich auf das Verhältnis des Bürgers zum Staat, gegen dessen Eingriffe jener durch die Aufstellung des erwähnten Verfassungsgrundsatzes geschützt werden soll. In welchem Umfang die tatsächliche Einschränkung der freien Konkurrenz durch private Monopolgebilde vor dem Rechte Bestand hat, beurteilt sich dagegen, so lange spezielle Bestimmungen nach der Art der ausländischen Kartellgesetze im schweizerischen Recht fehlen, ausschliesslich nach den allgemeinen Grundsätzen des OR⁵.» Diese Auffassung, die von der Doktrin einhellig unterstützt wurde⁶ und von der in der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln nie abgewichen wurde^{6a}, behält nach Annahme derselben ihre volle Gültigkeit⁷. Anlässlich der

³ Vgl. z. B. BGE 32 II 368; 33 II 97 ff.; 52 II 384; 62 II 97 ff.

⁴ Vgl. auch einen entsprechenden Entscheid für die Pressefreiheit BGE 51 I 374.

^{4a} Vgl. u. a. die in Anm. 3 angeführten BGE; ferner Salis Nr. 742; Salis/Burckhardt Nr. 425, 430, 435.

⁵ BGE 62 II 100.

⁶ Fleiner, Bundesstaatsrecht 377/8; Burckhardt, Kommentar 227; Feldmann 52 ff.; vgl. ferner ein oft zitiertes Gutachten der Justizabteilung in VEB 1 (1927) 13.

^{6a} Botschaft 846, 849/50, 865.

⁷ Fleiner/Giacometti 282; Nef, HGF 8; Marti 32.

parlamentarischen Beratungen über die Revision der Wirtschaftsartikel wurde im Zusammenhang mit einem entsprechenden Zusatzantrag Duttweiler zu BV 31⁸ sowohl in der nationalrätlichen Kommission⁹ als auch im Nationalrat¹⁰ die Frage, ob die HGF in Abweichung von der bisherigen Praxis auch als Garantie gegen private Konkurrenzbeschränkungen aufzufassen sei, eingehend, unter voller Würdigung der Konsequenzen, diskutiert und entschieden verneint. Ein Kartell oder ein Boykott kann also immer noch nur insofern die Freiheit eines Mitgliedes oder Aussenseiters übermässig einschränken und dementsprechend widerrechtlich im Sinne von OR 19 II / 20 I und 41 ff. sein^{10a}, als das wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht des Privatrechts (ZGB 27/28) verletzt wird¹¹, und mit Recht hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid an der alten Praxis aus der Zeit vor Annahme der neuen Wirtschaftsartikel, wonach Kartellbildung und Boykott die HGF nicht direkt verletzen, festgehalten¹². Umso weniger jedoch, als man bei privaten Konkurrenzbeschränkungen von einer Verletzung der HGF im Sinne der zivilrechtlichen Widerrechtlichkeit sprechen kann, darf man nach Ablehnung des Antrages Duttweiler annehmen, es sei gegen sie eine staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger im Sinne von BV 113 I Zif. 3¹³ möglich.

Die HGF an sich schützt das System der freien Konkurrenz auch keinesfalls in der Weise gegen private Eingriffe, dass sie, wie das Tanner in Verkenennung ihres Wesens annimmt¹⁴, eine Kompetenz im Sinne einer Verpflichtung für den Bundesgesetzgeber enthielte, durch gesetzliche Vorschriften Kartelle und ähnliche Organisationen zu verbieten^{14a}. Auch eine

⁸ Er lautet: «Die Handels- und Gewerbefreiheit ist auch gewährleistet gegenüber Unternehmungen, die durch ihre monopolistischen Auswirkungen die freie Wirksamkeit auf gewissen Wirtschaftsgebieten praktisch verunmöglichen.»

⁹ NR-Kommission, Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 43/7.

¹⁰ Sten Bull NR 1938, 337 ff.

^{10a} Wenn die Praxis oft (vgl. z. B. BGE 54 II 175) direkt darnach fragte, ob ein Kartell oder ein Boykott unsittlich im Sinne von OR 20 I und 41 II sei, so wandte sie damit praktisch ebenfalls die für die Abgrenzung des wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte gemäss ZGB 27/8 geltenden Masstäbe an; gl. M. BGE 76 II 288. Deschenaux 149.

¹¹ Egger ZGB 28 N 10; vorbehalten ist jetzt natürlich eine Spezialgesetzgebung auf Grund von BV 31 bis III d.

¹² BGE 76 II 281 ff.

¹³ Eine gesetzliche Grundlage für eine solche «staatsrechtliche» Beschwerde gegen Private hätte erst noch geschaffen werden müssen; vgl. OG 83 ff.

¹⁴ Tanner 32/8; vgl. auch Huber, Probleme der Wirtschaftsverfassung.

^{14a} Einer «Verpflichtung» zum Verbot privater Monopolgebilde könnte übrigens nur insofern Nachachtung verschafft werden, als der Richter bei ihrer Miss-

solche Erweiterung des Begriffs der HGF in Richtung auf eine indirekte umfassende Garantie der Wettbewerbsfreiheit hat der Verfassungsgesetzgeber im Zusammenhang mit dem erwähnten Antrag Duttweiler ausdrücklich abgelehnt¹⁵. BV 31 I, nach wie vor im Bereiche der Wirtschaft das durch die liberale Bundesverfassung in umfassender Weise gewährleistete Recht auf individuelle Freiheit gegenüber dem Staat verkörpernd¹⁶, beantwortet ausschliesslich die für jede Wirtschaftsordnung grundlegende, primäre Frage, ob Produktion und Austausch der wirtschaftlichen Güter autonom, d. h. auf Grund privater Vereinbarungen geregelt werden sollen¹⁷, oder aber heteronom, d. h. durch zwingende staatliche Gebote¹⁸. Durch die Verankerung des Grundsatzes der HGF in BV 31 I ist lediglich entschieden, dass sich der Staat nicht in die Wirtschaft einmischen darf, dass für deren Ablauf keine lenkenden, staatlichen Zwangsregeln aufgestellt werden sollen, dass sich die wirtschaftliche Entwicklung vielmehr prinzipiell nur nach Massgabe privater Rechtsgeschäfte vollziehen soll^{19, 20}. Die sekundäre Frage jedoch, ob und wie weit die

achtung durch den Gesetzgeber von sich aus die zivilrechtliche Widerrechtlichkeit solcher Gebilde feststellen würde, womit genau das erreicht würde, was soeben als unzulässig bezeichnet wurde, nämlich eine direkte Anwendung von BV 31 I als Verbot gegenüber privaten Konkurrenzbeschränkungen.

¹⁵ Der Antrag Duttweiler lag nämlich der nationalrätlichen Kommission noch in folgender Formulierung vor: «Art. 31 II BV: Der Bund sorgt durch eine Gesetzgebung über Kartelle und wirtschaftliche Gebilde mit monopolistischem Charakter dafür, dass die Handels- und Gewerbefreiheit nicht zum Nachteil der betreffenden Gesamtberufsgruppen eingeschränkt werden kann.» Vgl. Anm. 9.

¹⁶ Marti 24, 25, 31; Fleiner/Giacometti 240 ff.; 281; Botschaft 841, 848; Jöhr 11/2.

¹⁷ Selbstverständlich müssen diese autonomen Vereinbarungen ihrerseits im Streitfall mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden (Burckhardt, Methode 205; Korporationenstaat 110); damit wird aber, entgegen der Ansicht der Neoliberalen (vgl. z. B. Lippmann 252) die Forderung der «alten» Liberalen nach einer «staatsfreien Sphäre» nicht sinnlos, denn der Streit ging ja praktisch seit jeher darum, ob der staatliche Zwang auch im ursprünglichen, heteronomen Sinne, anstatt nur zur Vollziehung autonomer Vereinbarungen, angewendet werden solle.

¹⁸ Burckhardt, Methode 154, 211; derslb., Korporationenstaat 109; Oftinger, Privatrecht und Staatsstruktur 225/6; derslb., Vertragsfreiheit 318, 322; Homburger XX; Marti 14/5; Botschaft 846.

¹⁹ Fleiner/Giacometti 283; Nef, HGF 8; Marti 16, 30 ff.; Homburger 94.

²⁰ Tanner, 32/8, stellt also die Tatsachen geradezu auf den Kopf, wenn er in rev. BV 31 I den Ausdruck einer sog. «verfassungsrechtlichen Gesamtentscheidung» sehen will, wonach eine «Verwischung der Scheidungslinie zwischen staatlichen und anderen Einwirkungen auf die Freiheit» eintreten soll. Wenn im Zusammenhang mit der HGF und allen anderen Freiheitsrechten schon von einer «Gesamtentscheidung» gesprochen werden soll, so nur in dem Sinne, dass die gesamte Rechtsordnung möglichst vom staatlichen Zwang freigehalten werden muss (Fleiner/Giacometti 244; Marti 75/6), dass staatliche Eingriffe in die Privatautonomie, weil sie eben die Ausnahme sind, nur in Notfällen vorgenommen werden sollen!; vgl. Fleiner/Giacometti 303/4; Marti 84/5.

durch die HGF grundsätzlich als massgebende Wirtschaftsordnungsinstanz eingesetzte Privatautonomie, d. h. die den Privaten verliehene Befugnis, ihre Beziehungen nach eigenem Gutdünken zu ordnen^{20a}, zum Schutze der Freiheit des einzelnen Wirtschaftssubjektes gegenüber Beeinträchtigungen durch seine Konkurrenten und Marktpartner oder im Interesse der Volkswohlfahrt ganz allgemein eingeschränkt werden soll, ist vom Gesetzgeber unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der öffentlichen Ordnung, die jedem Individualrecht gegenüber vorbehalten ist²¹, zu entscheiden²². Der Bundesgesetzgeber ist hiezu auf Grund von BV 64, 64 bis und 31 bis II generell zuständig, und die Kantone sind es, soweit der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch macht, gemäss dem Vorbehalt in BV 31 II²³. Die Kompetenz zur Beschränkung der Privatautonomie auf wirtschaftlichem Gebiet im Interesse der öffentlichen Ordnung ist aber ihrerseits begrenzt durch den Grundsatz der HGF; die entsprechenden Vorschriften dürfen das wirtschaftliche Freiheitsrecht nicht illusorisch machen, sie dürfen nur zufällige, schädliche Nebenwirkungen, nicht aber die mit seiner Ausübung notwendigerweise verbundenen Auswirkungen und Gefahren ausschalten²⁴. Damit stellt sich bezüglich der privaten Konkurrenzbeschränkungen die Frage, die eingangs des Paragraphen als diejenige nach dem Schutzobjekt der HGF formuliert wurde: sind Kartelle und ähnliche Organisationen (neben anderen monopolistischen Erscheinungen) schlechthin unabwendbare, notwendigerweise in Kauf zu nehmende Auswirkungen der wirtschaftlichen Freiheit im Sinne der Bundesverfassung und müsste also — wie das in der Kartellbestimmung auch geschehen ist — zu ihrer Bekämpfung diese wirtschaftliche Freiheit aufgehoben werden, oder sind sie als schädliche Nebenwirkungen der Privatwirtschaft zu betrachten, denen unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung zu begegnen ist?

^{20a} Oftinger, Vertragsfreiheit 322; Fischer 23/5.

²¹ Fleiner/Giacometti 246/8, 303; Marti 86, 89.

²² Burckhardt, Methode 207.211; derslb., Korporationenstaat 109, 130; Fleiner/Giacometti 286/7, 292; Marti 80, Anm. 28, 97 ff.; Homburger 6/7, 82, 90.

²³ Fleiner/Giacometti 292, 304/5; Marti 79/80, 86/7, 89, 98.

²⁴ Für BV 31 II und 31 bis II ist das ausdrücklich festgehalten; vgl. Fleiner/Giacometti 246/7, 284, 290; Nef, HGF 21/2; Marti 89, 101. Aber auch bei der Ausübung der in BV 64 und 64 bis enthaltenen Kompetenzen ist der Bund an den Grundsatz der HGF gebunden (was später noch näher darzulegen sein wird); vgl. Fleiner/Giacometti 244, 286; Marti 79/80, 98; Oftinger, Privatrecht und Staatsstruktur 225; Burckhardt, Korporationenstaat 109; Nef, Kantonale Gesetze über Familienausgleichskassen 364 ff.; Burckhardt, Kommentar 226 (mit dem Hinweis auf die abweichende Praxis, 227); a. M. Huber, Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit; derslb., Probleme der Wirtschaftsverfassung.

Nach der einen Ansicht, die von Giacometti²⁵, Huber²⁶ und Gysin^{27, 28} vertreten wird, schützt BV 31 I die privatautonome Wirtschaftsgestaltung vor staatlichen Eingriffen nur soweit, als sie sich an die Regeln der freien Konkurrenz hält, als sie auf der Grundlage einer infinitesimalen Segmentierung des Marktes erfolgt, besteht also zwischen dem Zustand der freien Konkurrenz und dem Schutzobjekt der HGF vollkommene Identität und können demnach Kartelle und ähnliche Organisationen, wenn es das öffentliche Interesse als geboten erscheinen lässt, auf jede Art verboten werden. Wenn diese Ansicht richtig wäre, könnte der Richter, ohne gegen den Grundsatz der HGF zu verstossen, in jeder Kartellvereinbarung und in jedem Boykott von vornherein eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts erblicken und auf ihre zivilrechtliche Widerrechtlichkeit schliessen²⁹. Ja, mehr noch: zufolge der Forderung nach Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung³⁰ (nicht, wie Tanner meint, direkt auf Grund der HGF) wäre er zu dieser Auslegung verpflichtet³¹; die HGF und das zivilrechtliche wirtschaftliche Persönlichkeitsrecht sind innerlich verwandt, und wenn das Wesen der ersteren in der freien Konkurrenz gesehen wird, muss auch das zweite als Garantie der vollständigen, unbedingten Unabhängigkeit des einzelnen Unternehmers in seinem Verhalten dem Markt gegenüber gedeutet werden³²; das ergibt sich dann mit derselben Notwendigkeit, mit der sich für den Staat die Pflicht zum Schutz des Einzelnen vor Täuschung, Drohung, Gewaltanwendung usw. aus dem Grundsatz der Privatautonomie als solchem ergibt³³. Ueber die zivilrechtliche Ungültigkeit und Schadensersatzpflicht hinaus müssten aber gegen monopolistische «Verschwörungen» zum Schutze des Publikums wohl auch strafrechtliche Sanktionen ins Auge gefasst werden, um die mit der Garantie der freien Konkurrenz angestrebte Uebereinstimmung von Preisen und möglichst tiefen Kosten, das «Königtum der Konsumenten» herbeizuführen; es könnten dann jene dem Art. 419 des Code pénal (dessen

²⁵ Fleiner/Giacometti 283, 286, 292.

²⁶ Huber, Probleme der Wirtschaftsverfassung; derslb., Das Staatsrecht des Interventionismus 175.

²⁷ Gysin, Grundlinien 428.

²⁸ Auch die Konstruktion Tanners führt praktisch zum selben Ergebnis.

²⁹ Homburger 90.

³⁰ Burckhardt, Methode 288.

³¹ Vgl. oben S. 74; ferner Anm. 20.

³² Fleiner/Giacometti 244, 282; Oftinger, Privatrecht und Staatsstruktur 225, 243, Anm. 41; Simonius 281/2; Egger ZGB 27 N 36, 28 N 10, 66.

³³ Burckhardt, Methode 204/5; Fleiner/Giacometti 246; Marti 80, Anm. 28.

Wirkung heute übrigens ebenfalls stark abgeschwächt ist^{33a}, nachgebildeten kantonalen strafrechtlichen Kartellverbote, die bisher als mit der HGF unvereinbar betrachtet und deshalb schon lange nicht mehr angewendet wurden, wenigstens bundesrechtlich ihre Auferstehung erleben^{34, 35}. Wenn es zutreffen würde, dass unter der HGF nichts anderes als die freie Konkurrenz zu verstehen ist, müsste man ferner annehmen, dass der Bund auf Grund von BV 31 bis II gegen Kartelle und ähnliche Organisationen Polizeiverbote, generelle oder spezielle wie z. B. Höchstpreisvorschriften, erlassen könnte und dass diese Befugnis, so lange der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch macht, gemäss BV 31 II auch den Kantonen (!) zustehen würde; es wären das dann per definitionen «Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe», die «den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit (d. h. in diesem Fall dann eben: die freie Konkurrenz) nicht beeinträchtigen³⁶». Es zeigt sich also, dass im Falle der Identität des Begriffes der HGF mit demjenigen der freien Konkurrenz die Bekämpfung von Privatmonopolen durch den Staat praktisch auf keine materiellen verfassungsrechtlichen Hindernisse stossen würde und sich das Kartellproblem unter dem Gesichtspunkt der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung befriedigend lösen lassen würde. Die Auswirkungen einer solchen Auslegung der HGF liessen sich kaum absehen: angesichts der ausgedehnten Verbreitung der Kartelle würde z. B. eine weitgehende Preiskontrolle ohne jede Berufung auf einen Ausnahmeartikel zu BV 31 I möglich sein; und zwar müsste der Bund wohl oder übel zu ihrer Errichtung schreiten, wenn er nicht das Risiko eingehen wollte, dass sich in diesem zentralen Sektor der Wirtschaftspolitik die ganze kantonale Vielfalt ehrwürdigen Angedenkens geltend macht.

^{33a} Friedländer 168, 181; Zoelly 25.

³⁴ Nachdem der Bund mit der Schaffung des StGB die in BV 64 bis enthaltenen Kompetenzen aktualisiert hat, wäre eine entsprechende kantonale Strafbestimmung nicht mehr möglich.

³⁵ Vgl. z. B. § 17 des zürcherischen Gesetzes über das Gewerbewesen im allgemeinen und über das Handwerkswesen im besonderen vom 9. Mai 1831 (OS 2, 29); Zoelly 25, 32/6; Homburger 45; Feldmann 66; Schärer 15/20.

³⁶ Es ist nicht einzusehen, warum Huber zur Auffassung gelangt, dem Bund fehle, obschon ihm BV 31 I den Erlass von Vorschriften gegen Kartelle und ähnliche Organisationen nicht verbiete, abgesehen von der Kartellbestimmung eine positive Kompetenz hierzu (vgl. Huber, Probleme der Wirtschaftsverfassung; derslb., Das Staatsrecht des Interventionismus 175), und warum Giacometti die nach ihm in BV 31 I verkörperte freie Konkurrenz gegenüber privaten Eingriffen zwar auf Grund von BV 64, nicht aber zugleich gemäss BV 31 II und 31 bis II schützen will (Feiner/Giacometti 292, vgl. allerdings auch 286/7).

Nach der anderen Meinung, von der seit jeher die Praxis ausging³⁷ und die u. a. von Nef³⁸, Marti³⁹ und Homburger^{40, 40a} geteilt wird, ist es dem Staat allerdings ebenfalls verboten, in das System der freien Konkurrenz hemmend einzugreifen, schützt aber BV 31 I darüber hinaus die privatautonome Wirtschaftsgestaltung schlechthin, auch wenn sie in monopolistischen Formen erfolgt. Nach dieser zweiten, richtigen Auffassung können staatliche Massnahmen und Vorschriften, die sich gegen privatmonopolistische Bestrebungen als solche richten, nur insoweit gerechtfertigt werden, als vom Grundsatz der HGF abgewichen werden darf.

II. DER SCHUTZ DER KARTELLE UND ÄHNLICHER ORGANISATIONEN DURCH DIE HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

Das Postulat der Befreiung der Wirtschaft von jeglicher staatlicher Bindung, das mit der verfassungsmässigen Gewährleistung der HGF seine Verwirklichung gefunden hat, geht auf die Physiokraten und die englischen liberalen Klassiker der Nationalökonomie zurück⁴¹. Diese, und mit ihnen der schweizerische Verfassungsgesetzgeber von 1874, sahen in der integralen Privatautonomie das beste Mittel zur Förderung der Volkswohlfahrt in wirtschaftlicher Beziehung: die Beweggründe, welche zur Schaffung des Individualrechts der HGF führten, waren also insofern ökonomisch-utilitaristischer Natur⁴². Die vom Staate in keiner Weise behinderte Persönlichkeitsentfaltung der Wirtschaftssubjekte sollte automatisch die freie Konkurrenz und mit ihr die optimale Bedürfnisbefriedigung gewährleisten, nämlich, nach der Formulierung der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln⁴³: «1. eine sachliche Auslese der tüchtigsten Wirtschaftler und der besten Methoden durch einen Leistungskampf im Dienste der Konsumenten, 2. eine Steigerung der Leistung durch die Entfaltung der Initiative und der schöpferischen Kräfte des Einzelnen, 3. eine wechselseitige automatische Kontrolle der Produzenten zur Ver-

³⁷ Vgl. Anm. 3; BBl 1887 II 687; VEB 1 (1927) 13/4; Homburger 40/55.

³⁸ Nef, HGF 8.

³⁹ Marti 19, 28/9, 74, 157, 175/6.

⁴⁰ Homburger 108.

^{40a} Gl. M. Zocly 36, 42/3; Schärer 17/8, 26/7; Lehner; Feldmann 52; Kaufmann. Die revidierten Wirtschaftsartikel 37.

⁴¹ Jöhr, Grundlagen 3 ff.; Homburger 26; Fleiner/Giacometti 275; Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbebefreiheit 204/6; Marti 16/7; Botschaft 862; Sten Bull NR 1938, 287.

⁴² Nef, a.a.O.; Marti, a.a.O.; Jöhr 19/20.

⁴³ Botschaft 837.

meidung monopolistischer Uebermacht Einzelner, 4. eine elastische Anpassung an den wechselnden Bedarf mit Hilfe der freien Preisbildung⁴⁴.» Die tatsächliche Wirtschaftsgestaltung, soweit sie zu privaten Konkurrenzbeschränkungen geführt hat, scheint dieser volkswirtschaftlichen Zielsetzung, welche mit der HGF historisch verbunden ist, zu widersprechen: die privaten Monopolgebilde scheinen, wie dieser «Widerspruch zwischen dem vom Verfassungsgesetzgeber (von 1874) gewollten und dem tatsächlich verwirklichten Wirtschaftsablauf⁴⁵» oft auch, allerdings ungenau, formuliert wird, «die HGF faktisch ausser Kraft zu setzen⁴⁶.» Staatliche Beschränkungen der Privatautonomie zwecks Aufrechterhaltung der freien Konkurrenz würden also, wird gefolgert, nur eine Wirtschaftsordnung anstreben, die man schon mit der Einführung der HGF hatte aufrichten wollen: sie würden demnach dieses Freiheitsrecht nicht verletzen, sondern vielmehr erst voll zur Auswirkung gelangen lassen⁴⁷. Bei dieser Betrachtungsweise wird aber ein Motiv, das die Einführung der HGF veranlasste, mit deren Inhalt verwechselt. Indem der Verfassungsgesetzgeber in Uebereinstimmung mit der klassischen liberalen Theorie unbestrittenermassen — und, wie sich zeigen wird, aus innerer Notwendigkeit — davon ausging, dass die freie Konkurrenz und die damit verbundenen ökonomischen Vorteile die *automatische* Folge des Prinzips der absoluten Enthaltung des Staates von Eingriffen in den Wirtschaftsablauf seien, fasste er dieses Prinzip des «laissez faire», d. h. die integrale Privatautonomie, mit der keine staatlichen Zwangsmassnahmen zum Schutze der freien Konkurrenz vereinbar sind, als den Inhalt der HGF, den freien Leistungswettbewerb jedoch nur als das Motiv für ihre Gewährleistung auf⁴⁸.

Darüber hinaus steht aber keineswegs fest, dass die Begründer des wirtschaftlichen Liberalismus wenigstens dann, wenn sie die private Monopolbildung vorausgesehen hätten, darum, weil sie den freien Wettbewerb zum zentralen wirtschaftlichen Ordnungselement erhoben, zugleich staatliche Zwangsmassnahmen gegen seine Einschränkung durch Private hätten dulden wollen. Aeusserungen wie die im Motto angeführten aus Smith's

⁴⁴ Vgl. auch Botschaft 838, 849; Böhrer, Grundlehren 32/3; Homburger I 15; ferner den Abschnitt über die freie Konkurrenz in § 1 I und die dort angeführte Literatur.

⁴⁵ Homburger XIX.

⁴⁶ Botschaft 849; Feldmann 6/7, 10, 53; Fleiner/Giacometti 279; Homburger XIX, 56; Oftinger, Privatrecht und Staatsstruktur 243, Anm. 41; Eucken 64/5; Marti 19.

⁴⁷ Vgl. Anm. 25/7.

⁴⁸ Homburger 10, 16/7; Jöhr 11 ff.; Sten Bull NR 1938, 288; Böhm, Monopolkampf 128/9, 156/7.

Wealth of the Nation lassen vielmehr den Schluss zu, dass man private Versuche zur Konkurrenzbeschränkung, soweit man sie überhaupt voraussah, als natürliche, schwer zu unterdrückende Auswirkungen des individuellen Gewinnstrebens in Kauf nahm, wobei man sich, da man jeglichen staatlichen monopolfördernden Protektionismus grundsätzlich ablehnte, darauf verlassen konnte, dass die in einer rein privatautonomen Wirtschaftsordnung stets wirksame Tendenz zur freien Konkurrenz, die Drohung der zwangsläufigen inneren Zersetzung infolge des Aussenseitertums und der Substitutionskonkurrenz jeden Missbrauch privater Monopolstellungen, die darum immer mehr oder weniger formal bleiben mussten, ausschliessen würden⁴⁹. Es entspricht ja durchaus dem Charakter der klassischen, im Naturrecht wurzelnden liberalen Lehre, dass sie auch in bezug auf die Versuche zur Einschränkung der freien Konkurrenz die «natürlichen», aus dem Gewinnstreben des Einzelnen entspringenden Kräfte, sowohl die fördernden wie die immer wieder überwiegenden hemmenden, koalitionszerstörenden, zum Zuge kommen lassen wollte, dass sie also den freien Wettbewerb als einen dynamischen, die Tendenzen zum monopolistischen Zusammenschluss in sich selbst absorbierenden Prozess betrachtete und dass sie einen so einschneidenden heteronomen Zwangsmechanismus, wie ihn die Neoliberalen zum Schutze der freien Konkurrenz im statischen Sinne aufrichten wollen, als «mit Freiheit und Gerechtigkeit unvereinbar» ablehnen musste. Bei dieser Auffassung vom Wesen der klassischen Nationalökonomie ergibt sich dann zugleich eine weitgehende Uebereinstimmung zwischen ihr und der heute in der schweizerischen Nationalökonomie vorherrschenden Lehre, wie sie im letzten Kapitel dargelegt wurde, und wie sie z. B. zum Ausdruck kam im Referat Böhlers vor der schweizerischen Gesellschaft für Statistik und Volkswirtschaft über «Die Konkurrenz als Organisationsprinzip der Wirtschaft», wo die Forderung nach einem funktionsfähigen, dynamischen Begriff der freien Konkurrenz im soeben entwickelten Sinne aufgestellt wurde⁵⁰, und im Referat Marbachs vor demselben Gremium über «Das Kartellproblem im schweizerischen Licht», wo betont wurde, dass für die Wirtschaftsordnung der Gegensatz zwischen Staatseingriffen und Privatwirtschaft viel entscheidender sei als der Gegensatz zwischen Dezentralisation und Konzentration der Wirtschaftssubjekte⁵¹.

⁴⁹ Vgl. oben S. 67 ff.

⁵⁰ Böhler, Die Konkurrenz als Organisationsprinzip der Wirtschaft.

⁵¹ Marbach, Kartellproblem.

Viel bedeutungsvoller als ihre ökonomisch-utilitaristische Rechtfertigung ist aber, wenn nicht historisch, so doch ideologisch gesehen, für die HGF ihre ideelle, naturrechtliche Grundlage⁵², auf die ja, wie soeben angedeutet wurde, die klassische liberale Nationalökonomie ihrerseits zurückgeht⁵³. Die HGF zusammen mit allen andern in der Bundesverfassung enthaltenen Individualrechten, als wirtschaftliche Erscheinungsform des in umfassender Weise garantierten, einheitlichen und unteilbaren Rechtes auf Freiheit von staatlichem Zwang⁵⁴, beruht auf der Ueberzeugung von der Selbstverantwortlichkeit des Individuums, das sich die Zwecke seines Handelns, sei es nun im wirtschaftlichen oder in anderen Bereichen seiner Tätigkeit, selbst setzen soll⁵⁵. Der rechtliche Ausdruck der individuellen Selbstverantwortlichkeit ist aber die integrale Privatautonomie, welche vom Staat für die inhaltliche Regelung des Wirtschaftslebens als oberste Instanz zu respektieren ist, ob das Ergebnis ihrer Betätigung nun in der optimalen Bedürfnisbefriedigung gemäss dem System der freien Konkurrenz bestehe oder in einer das Angebot beschränkenden, privaten Marktregelung⁵⁶. Da sich die Unternehmer auf Grund der HGF die Zwecke ihres wirtschaftlichen Handelns selbst setzen sollen, da also die in BV 31 I garantierte wirtschaftliche Freiheit primär um ihrer selbst willen besteht und nicht mit Rücksicht auf die Verwirklichung einer volkswirtschaftlichen und insofern heteronomen Zielsetzung, ist dem Staate jeder wirtschaftspolitische, d. h. eben jeder vorwiegend im Hinblick auf eine volkswirtschaftliche Zielsetzung unternommene Eingriff in die Privatautonomie verboten⁵⁷. Zwingende Rechtsvorschriften zum Schutze der freien Konkurrenz wären nun aber, indem sie den Wirtschaftsablauf nach einem bestimmten System lenken wollen, indem sie einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg, möglichst tiefe Preise und eine möglichst grosse und rationelle Produktion herbeiführen und also das Vermögen der Konsumenten schützen wollen, zweifellos wirtschaftspolitischer Natur und

⁵² Marti 17/20; Homburger 26, 45/6; Botschaft 862; Sten Bull NR 1938, 288; Jöhr 104.

⁵³ Fleiner/Giacometti 275.

⁵⁴ Vgl. Anm. 16.

⁵⁵ Fleiner/Giacometti 240, 243/4; Marti 18/9; Jöhr 10 ff.

⁵⁶ Marti 17/20, 28/30; Jöhr 10/4; Botschaft betreffend die Ueberwachung der Preise 549/500; Botschaft 849/50, 862; Sten Bull NR 1938, 338; Feldmann 52; Homburger 10, 45/6, 94 ff. (im Widerspruch dazu seine Ansicht, dass mit der HGF trotzdem eine bestimmte «Wirtschaftsordnungsvorstellung», d. h. eben eine heteronome, gesamtwirtschaftliche Zielsetzung verbunden sein müsse: XVIII, XIX, 11, 56).

⁵⁷ Nef, HGF 14; Marti 101, 153 ff.; Homburger 18/9.

könnten darum, soweit sie zu einer Beschränkung der Privatautonomie führen, mit der HGF nicht vereinbart werden⁵⁸.

Auf dem Hintergrund der naturrechtlichen Lehre von der Selbstverantwortlichkeit des Individuums wird klar, dass die liberalen Klassiker der Nationalökonomie, indem sie vom Naturrecht ausgingen, den freien Wettbewerb nur als das automatische Ergebnis der wirtschaftlichen Freiheit, nicht aber als das ihr übergeordnete und nötigenfalls durch ihre Einschränkung zwangsweise zu verwirklichende Prinzip betrachten konnten. Wenn die HGF in erster Linie die freie Konkurrenz schützen sollte und die Privatautonomie nur noch unter der Bedingung gelten lassen würde, dass sie zum freien Wettbewerb führt, ginge sie der Grundlage verlustig, durch welche sie mit allen übrigen Individualrechten verbunden ist, und sie könnte darum nicht mehr zu diesen gezählt werden⁵⁹. Alle Individualrechte gehen gemeinsam auf die Fragestellung zurück: Heteronomie oder Privatautonomie⁶⁰? Ein wirtschaftliches «Freiheitsrecht» jedoch, das nur die freie Konkurrenz vor staatlichen Eingriffen schützt, würde die ganz anders geartete, vom ökonomischen Utilitarismus her gestellte Frage beantworten, ob die Wirtschaft unter dem Einfluss der verschiedenen Willensentscheidungen vollständig isolierter Wirtschaftssubjekte stehen oder durch die Koordination dieser Willensentscheide in einem Plan, sei er nun staatlicher Herkunft und also heteronom, oder privater Observanz und also autonom, geregelt werden soll⁶¹. Diese zweite Frage könnte folgerichtig nur gelöst werden, indem die Garantie der freien Konkurrenz im Sinne des erwähnten Antrages Duttweiler⁶² zugleich gegen die Privaten wie gegen den Staat gerichtet wäre. Mit der Feststellung im letzten Abschnitt, dass die HGF als Individualrecht nur dem Staate Schranken setze, war also im Grunde genommen bereits entschieden, dass sie die privatautonome Wirtschaftsgestaltung an sich und nicht bloss die freie Konkurrenz schütze; der Schutz der Kartelle und ähnlicher Organisationen durch BV 31 I wird denn auch oft direkt aus der Umschreibung der HGF als eines ausschliesslich gegen Staatseingriffe gerichteten Individualrechts

⁵⁸ Homburger 73, 77, 102; Marti 28, 80, 175.

⁵⁹ Böhm, Monopolkampf 20; Jöhr 33; a. M. Homburger 78 ff.

⁶⁰ Böhler, Grundlehren 19.

⁶¹ Böhler, a.a.O. Auf die Vermischung dieser beiden Fragestellungen, auf die Gleichstellung des Begriffs der Dezentralisation der Wirtschaftssubjekte mit demjenigen ihrer Freiheit von staatlichem Zwang (Privatautonomie) ist es zurückzuführen, dass bei Fleiner/Giacometti, 283, die freie Konkurrenz mit dem Schutzobjekt der HGF identifiziert wird.

⁶² Vgl. Anm. 8, 15.

abgeleitet⁶³. Ein wirtschaftliches Freiheitsrecht im Sinne der Konkurrenzfreiheit würde sich von den Individualrechten auch dadurch unterscheiden, dass es nicht als eine Ausstrahlung eines in umfassender Weise gewährleisteten, einheitlichen und unteilbaren Rechtes auf Freiheit von staatlichem Zwang aufgefasst werden könnte. Wenn die HGF nicht ausdrücklich garantiert wäre, könnte sie aus dem in der Bundesverfassung allgemein enthaltenen liberalen Wertsystem bestenfalls nur im Sinne eines Schutzes der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung schlechthin abgeleitet werden⁶⁴; eine Garantie des wirtschaftlichen Systems der freien Konkurrenz jedoch beruht auf spezifisch ökonomischen Ueberlegungen, die sich keineswegs zwingend auf den Grundsatz zurückführen liessen, dass das Individuum ganz generell, auch in anderen als ökonomischen Bereichen, frei sein solle. Giacometti befürchtet nicht ohne Grund, dass die HGF infolge der systemwidrigen Schranken gemäss BV 31 bis III eine weitgehende Relativierung erfahren habe, dass sie «nur noch ungefähr in dem Sinne gewährleistet sei, wie es die Glaubens- und Gewissensfreiheit in dem Falle wäre, dass sie lediglich unter dem Vorbehalt der Dogmen einer bestimmten Kirche garantiert würde⁶⁵»; wenn jedoch allein die freie Konkurrenz, dieses nationalökonomische Dogma, Schutzobjekt der HGF wäre, würde dieser Vergleich nicht nur auf Grund ihrer weitgehenden Einschränkungen, sondern — was viel bedenklicher wäre — schon in bezug auf ihren Inhalt gerechtfertigt sein.

Dadurch, dass sie mit der HGF nicht nur die freie Konkurrenz, sondern die Privatautonomie schlechthin garantiert, trägt die Bundesverfassung der Erkenntnis Rechnung, dass das Wirtschaftsleben nicht ausschliesslich nach wirtschaftlichen Masstäben geordnet werden kann, sondern auch der Verwirklichung anderer als wirtschaftlicher Werte soll dienen können⁶⁶. Auf Grund der Bundesverfassung soll es den einzelnen Wirtschaftssubjekten z. B. möglich sein, durch das Mittel kartellmässiger Mindestpreise und Kontingente den Versuch zu unternehmen, schwächeren Betrieben die Weiterexistenz zu ermöglichen und dadurch eine bestimmte soziale Struktur zu retten, obschon dieser Versuch, vom Standpunkt der Volkswirtschaft aus gesehen, als schädlich beurteilt werden mag, weil er infolge der Einschränkung der freien Konkurrenz höhere Preise und Differenzial-

⁶³ Botschaft 849/50; VEB I (1927) 13/4.

⁶⁴ Fleiner/Giacometti 241/2; Marti 18, 26.

⁶⁵ Fleiner/Giacometti 289/90.

⁶⁶ Marti 13.

renten bedingt und die Erreichung des volkswirtschaftlichen Optimums der Bedürfnisbefriedigung verhindert⁶⁷. Kartelle und ähnliche Organisationen sind insofern, soziologisch betrachtet, geradezu Ausdruck des Selbsterhaltungswillens des wirtschaftlichen Individualismus. Sie «sind bestimmt, die wirtschaftliche Existenz des Einzelnen zu retten, zu entlasten, zu fördern; der Gedanke der Persönlichkeit wird durch den Zusammenschluss nicht ausgeschaltet, er wird durch den Gedanken des Solidarismus (Erfassung der gemeinsamen Interessen) vertieft⁶⁸». Mit der Garantie der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung in ihrer Totalität werden ferner gewisse wirtschaftliche Energien erst frei gelegt, die innerhalb der Grenzen der freien Konkurrenz, dieses Systems der Ohnmacht der Produzenten und des Königtums der Konsumenten, gar nicht zur Entfaltung gelangen würden; es ist hier an die Einführung neuer Produkte zu denken, an die «produktive Phase der Leistungsdifferenzierung», die dem Unternehmer als besonders risikoreich erscheinen muss und darum eine gewisse Monopolstellung als Risikoausgleich durchaus rechtfertigt⁶⁹. Im Schutz der Kartelle und ähnlicher Organisationen vor staatlichen Eingriffen durch die HGF kommt ganz allgemein das liberale Prinzip des Vorrangs der privaten Selbsthilfe gegenüber dem staatlichen Protektionismus zur Anwendung. Es wurde im letzten Kapitel festgestellt, dass private Vereinbarungen zur Einschränkung des freien Wettbewerbes oft als Versuche zur Verminderung des Krisenrisikos zu werten sind⁷⁰; im liberalen Wertsystem der Bundesverfassung erscheinen solche Versuche, z. B. die Bildung eines Kontingentierungskartells, das eine Ueberproduktion verhindern will, als Selbsthilfemassnahmen im Sinne von BV 31 bis IV und haben demgemäss, als deren Voraussetzung, den Vorrang gegenüber entsprechenden staatlichen protektionistischen Massnahmen, welche ihrerseits als ultimo ratio anzusehen sind⁷¹.

Das Bundesgericht ist bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Gültigkeit von primären und sekundären Kartellvereinbarungen — nur diese Frage konnte sich auf Grund der bisherigen Rechtslage überhaupt stellen — stets davon ausgegangen, dass die Privatautonomie grundsätzlich auch dort zu respektieren und eine auf ihr beruhende Vereinbarung als gültig anzuerkennen ist, wo sie im Sinne der Aufhebung der freien Konkurrenz

⁶⁷ Vgl. oben S. 65.

⁶⁸ Egger ZGB 28 N 66.

⁶⁹ Vgl. oben S. 55.

⁷⁰ Vgl. oben S. 65/6.

⁷¹ Marti 176; BGE 76 II 292/3.

wirkt⁷². In BGE 76 II 281 ist diese Praxis unter der Herrschaft von rev. BV 31 I in bezug auf sekundäre Kartellvereinbarungen und ihre Auswirkungen (nur solche standen zur Diskussion) bestätigt worden; das Gericht ging hiebei so weit, dass es die durch einen Boykott herbeigeführte Vernichtung eines neuen Konkurrenten auch dann für zulässig erklärte, wenn dieser bereit wäre, dem Kartell beizutreten, wobei es allerdins die interessante Einschränkung machte, dass ein solcher über die Verfolgung des normalen Kartellzwecks (nämlich die Erzwingung des Beitritts) hinausgehender Boykott nur dann geschützt werden könne, wenn eine Existenzgefährdung im Sinne von BV 31 bis III a vorliege⁷³. Das Bundesgericht war sich, wie aus mehreren Urteilen geschlossen werden kann⁷⁴, bei seiner Kartellpraxis immer bewusst, dass seine den Kartellen günstige Auslegung des zivilrechtlichen wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts (oder, was auf dasselbe hinausläuft, des Begriffs der Sittlichkeit im Sinne von OR 20 I und 41 II) nur insofern folgerichtig sein konnte, als die HGF über die freie Konkurrenz hinaus die privatautonome Wirtschaftsgestaltung schlechthin vor staatlichen Beschränkungen schützte. Indem man die Kartelle und die sie erhaltenden Monopolkampfmassnahmen als zulässig erklärte, ging man davon aus, dass das Eingehen eines Preisbindungsvertrages (eingeschlossen natürlich auch indirekte Preibeeinflussungen) lediglich eine Ausübung der in der HGF enthaltenen Preissetzungsfreiheit sei und die grundsätzliche Ungültigkeitserklärung solcher Verträge also einem unzulässigen wirtschaftspolitischen Eingriff gleichzusetzen wäre⁷⁵.

Bei der Revision der Wirtschaftsartikel konnte der Verfassungsgesetzgeber die Antinomie, die sich zwischen dem Prinzip der freien Konkurrenz und dem Prinzip der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung ergeben kann und sich in praxi auch tatsächlich weitgehend ergeben hat, nicht mehr, wie 1874, übersehen. Er hat sich denn auch ausdrücklich für den Vorrang des Grundsatzes der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung entschieden⁷⁶. Das geht aus dem Wortlaut von BV 31 bis III d hervor.

⁷² Botschaft 850; NR-Kommission, Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 45; VEB 1 (1927) 13 ff.; Zoelly 35, 43 ff.; Schärer 26 ff.; Feldmann 62/7; Friedländer 118 ff.; Aebi 28/33; Lüthi 70/5; Homburger 40/6; 52 ff.

⁷³ A.a.O., 292/3.

⁷⁴ BGE 56 II 435, 52 II 384, 32 II 368, 57 II 339/40, 65 I 80/1, 30 II 237, 283; 30 II 237, 283; Egger ZGB 27 N 10.

⁷⁵ Homburger 40.

wonach Vorschriften gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen «nötigenfalls in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit» erlassen werden sollen. Eine solche Regelung ist nur so zu verstehen, dass BV 31 I nicht ausschliesslich die freie Konkurrenz, sondern — in Uebereinstimmung mit der bisherigen Auslegung durch die herrschende Lehre und Praxis — die privatautonome Wirtschaftsgestaltung schlechthin, also u. a. auch monopolistische Marktregelungen vor staatlichen Eingriffen schützt, denn andernfalls wäre ja der Erlass antimonopolistischer Vorschriften stets in Uebereinstimmung mit der HGF möglich, wäre eine spezielle Kompetenz zum Abweichen von diesen Freiheitsrecht in keiner Weise erforderlich. Die Kartellbestimmung ist einer Verfassungsvorschrift eingeordnet, die mit Rücksicht darauf, dass sie in bezug auf ihren sachlichen Anwendungsbereich ganz generelle Vorbehalte gegenüber BV 31 I enthält, als Ausnahmebestimmung par excellence im Verhältnis zur HGF angesprochen werden muss und insofern das Kernstück der neuen Wirtschaftsartikel darstellt⁷⁶; demgemäss lässt sich die Annahme, dass die HGF sowieso schon ohne Beschränkung staatliche Eingriffe in die private Erwerbstätigkeit zur Aufrechterhaltung des Systems der reinen Konkurrenz zulassen würde, mit einer vernunftgemässen systematischen Interpretation der Bundesverfassung unmöglich vereinbaren. Es geht nicht an, sich über den in dieser Frage eindeutigen Text des Kernartikels der neuen Wirtschaftsartikel einfach in der Weise hinwegzusetzen, dass man — wie Huber dies tut⁷⁸ — von einer «irreführenden gesetzestechnischen Einordnung der Kartellbestimmung» spricht. Es ist insbesondere zu beachten, dass mit einer solchen Interpretation die Schranken, welche die Kartellbestimmung der staatlichen Bekämpfung von privaten Monopolgebilden durch den Begriff der «Kartelle und ähnlicher Organisationen» selbst, sowie durch das Erfordernis ihrer sozialen oder volkswirtschaftlichen Schädlichkeit und ihrer Vereinbarkeit mit dem Gesamtinteresse auferlegt, als irrelevant beiseite geschoben würden; denn im Falle der Identität des Schutzobjektes der HGF mit der freien Konkurrenz müssten Bildung und Tätigkeit sämtlicher privater Monopolgebilde, wie bereits gezeigt wurde⁷⁹, unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der öffentlichen Ordnung auf Grund von BV 31 bis II, 31 II, 64 und 64 bis folgerichtigweise in um-

⁷⁶ Vgl. Anm. 43/4.

⁷⁷ Fleiner/Giacometti 289.

⁷⁸ Huber, Probleme der Wirtschaftsverfassung.

⁷⁹ Vgl. oben S. 76.

fassender Weise verunmöglicht werden⁸⁰. Ueber den Wortlaut und die systematische Stellung der Kartellbestimmung, welche eindeutig dafür sprechen, dass Kartelle und ähnliche Organisationen von der HGF grundsätzlich geschützt werden, darf aber umso weniger hinweggegangen werden, als sie gemäss der historischen Interpretation dem ausdrücklichen Willen des Verfassungsgesetzgebers entsprechen. Im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Antrag Duttweiler⁸¹ wurde in der nationalrätlichen Kommission die Frage eingehend diskutiert, ob die Kartellbestimmung als Ausnahme zur HGF aufzufassen sei und demnach zu BV 31 bis III gehöre, oder ob sie als Schutz der HGF gegen deren faktische Ausschaltung durch Private zu gelten habe und demnach zu BV 31 gehöre; der Entscheid ging ganz eindeutig dahin, dass man das Kartellwesen in Uebereinstimmung mit der bisherigen Praxis als Ausfluss der HGF und seine Bekämpfung als Ausnahme von diesem Freiheitsrecht aufgefasst wissen wollte⁸². Vor dem Plenum erklärte der Berichterstatter Nietlisbach (in Anlehnung an die Erklärungen Hubers als Experte der Kommission⁸³) wörtlich⁸⁴: «Nach amerikanischer Auffassung sind Kartelle Einschränkungen der Handels- und Gewerbefreiheit, nach unserer Auffassung hingegen sind sie ein Ausfluss derselben. Aus der (schweizerischen) Handels- und Gewerbefreiheit ergibt sich das Recht, Kartelle zu bilden, und unsere Kartellgesetzgebung ist deshalb eine solche gegen Auswüchse der Handels- und Gewerbefreiheit und nicht, wie nach dem amerikanischen System, zum Schutze der Handels- und Gewerbefreiheit.» Die gleiche Auffassung vertrat schon die Botschaft⁸⁵: kurz vorher, in der Botschaft betr. die Ueberwachung der Preise vom 18. März 1935, war ausgeführt worden.

⁸⁰ A. M. Tanner 37, 43, der, wie gezeigt wurde, zu Unrecht davon ausgeht, dass der Grundsatz der HGF als solcher den Bundesgesetzgeber direkt zur radikalen Kartellbekämpfung ermächtige und verpflichte, und der daraus folgert, «dass BV 31 bis III d eine Anweisung an den Gesetzgeber darstellt, das durch BV 31 I geforderte prohibitive Kartellgesetz durch ein nur überwachendes zu ersetzen». Wenn man auch annehmen wollte, dass BV 31 ein Kartellgesetz zulassen, mehr noch: direkt fordern würde, kann der Ansicht Tanners nicht zugestimmt werden, weil BV 31 bis III seiner ganzen Anlage nach nicht die Einschränkung einer weitergehenden staatlichen Kompetenz, sondern eine möglichst zurückhaltend anzuwendende zusätzliche Kompetenzbestimmung darstellt.

⁸¹ Vgl. oben Anm. 15.

⁸² NR-Kommission, Protokoll zur 1. Session vom 24. 27. I. 38, 43/7.

⁸³ A.a.O., 45.

⁸⁴ Sten Bull NR 1938, 338.

⁸⁵ Botschaft 850, 880, 889.

dass in der HGF das Prinzip der uneingeschränkten, unbeaufsichtigten und völlig freien Verbandsbildung enthalten sei⁸⁶.

Als Schlussergebnis dieses Paragraphen ergibt sich, dass die Aussage, die HGF garantiere das System der freien Konkurrenz⁸⁷, für die Beziehungen der Privaten unter sich keine Gültigkeit hat, dass sie aber auch in bezug auf das Verhältnis des Staates zur Privatwirtschaft, wenn nicht falsch, so doch zu wenig umfassend ist⁸⁸. Die HGF garantiert vielmehr die privatautonome Wirtschaftsgestaltung schlechthin, und jede staatliche Beschränkung der Privatautonomie, die der Aufrechterhaltung der freien Konkurrenz dient, erscheint als ein mit BV 31 I unvereinbarer, wirtschaftspolitischer Eingriff.

III. DAS VERHÄLTNIS ZWISCHEN DER HANDELS- UND GEWERBE- FREIHEIT UND DEN KARTELEN UND ÄHNLICHEN ORGANISATIONEN EINERSEITS UND DER VEREINSFREIHEIT ANDERERSEITS

In der Praxis und auch in der Literatur wird gelegentlich die Ansicht vertreten, Kartelle und ähnliche Organisationen seien vor staatlichen Eingriffen durch die Vereinsfreiheit im Sinne von BV 56 geschützt⁸⁹. Die Vereinsfreiheit will jedoch nur die freie Meinungsäusserung schützen, und es können sich darum bei richtiger Auslegung nur ideelle, nicht aber wirtschaftliche Vereinigungen auf sie berufen; die letzteren stehen vielmehr ausschliesslich unter dem Schutz der HGF⁹⁰. Kartelle und ähnliche Organisationen, die ja nicht zur Beeinflussung der öffentlichen Meinung, sondern vielmehr zur direkten Beeinflussung des Preises gebildet werden, sind darum keine Vereine im Sinne von BV 56⁹¹. Die Unterscheidung zwischen den wirtschaftlichen und den ideellen Vereinen kann hier nicht, wie das im Zivilrecht gemäss ZGB 60 I mit Rücksicht auf die Sicherheit im Geschäftsverkehr durchaus zweckmässig ist, darnach getroffen werden, ob sie eine aktive, geschäftliche Tätigkeit entfalten, für sich selbst eine

⁸⁶ BBl 1935 I 549.

⁸⁷ Vgl. z. B. Burckhardt, Kommentar 233; Fleiner/Giacometti 283/4; Nef, HGF 10.

⁸⁸ Gl. M. Homburger 105; Marti 28/9.

⁸⁹ BGE 33 II 116; Mislin 43; Aebi 35.

⁹⁰ Fleiner/Giacometti 375; Burckhardt, Kommentar 522; Marti 42. A. M. die Praxis; vgl. Nef, Vereinsfreiheit, SIK 698, 1.

⁹¹ Gl. M. Burckhardt, Kommentar 522.

Erwerbsabsicht verfolgen oder nicht⁹², sondern eben nur darnach, ob sie in die auf den Markt und den Preis bezogene wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder direkt eingreifen, oder ob sie nur die öffentliche Meinung beeinflussen wollen, wobei dies dann allerdings auch zur Wahrung wirtschaftlicher Interessen geschehen kann; es können demnach richtigerweise wohl Wirtschaftsverbände⁹³, nicht aber Kartelle und Gewerkschaften (so weit sie den Arbeitsmarkt direkt beeinflussen wollen) unter den Schutz der Vereinsfreiheit gestellt werden⁹⁴. Die vom Bundesgericht vorgenommene Subsumierung der Kartelle wie der wirtschaftlichen Vereinigungen überhaupt unter BV 56 hat jedoch keine praktischen Folgen, weil angenommen wird, die Vereinsfreiheit sei nur nach Massgabe der Rechtsordnung, d. h. nur soweit garantiert, als sie nicht — in Uebereinstimmung mit den übrigen Freiheitsrechten selbstverständlich — gesetzlich eingeschränkt sei, sodass sich die Zulässigkeit eines staatlichen Eingriffes gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen doch wieder ausschliesslich darnach beurteilt, ob er mit dem Grundsatz der HGF vereinbar ist oder nicht⁹⁵. Wenn auch vorerst angenommen wird, Kartelle und ähnliche Organisationen seien durch BV 56 geschützt, genügt es also zu ihrer Bekämpfung doch, dass die Kartellbestimmung nur ein Abweichen vom Grundsatz der HGF, nicht aber von demjenigen der Vereinsfreiheit zulässt.

⁹² Vgl. oben S. 38/9.

⁹³ Vgl. oben S. 31.

⁹⁴ A. M. Marti 42; Huber, Die Koalitionsfreiheit, ZbJV 83 (1947) 4, der die Gewerkschaften zu Unrecht ausschliesslich als ideelle Vereinigungen betrachtet.

⁹⁵ BGE 10, 28/9, 42 I 10; Nef, a.a.O. 4, schliesst sich dieser Ansicht an, ebenso, speziell für die Kartelle, Zoelly 34. Nach Fleiner/Giacometti 383 sind Beschränkungen der Vereinsfreiheit nur zulässig, soweit sie im öffentlichen Interesse erfolgen, eine Begrenzung, die jedoch — wenigstens hier — praktisch ohne grosse Bedeutung ist.

§ 5. Die mit der Handels- und Gewerbefreiheit vereinbaren Schranken für Kartelle und ähnliche Organisationen

A) Zivilrechtliche Schranken

I. DAS VERHÄLTNISS ZWISCHEN HANDELS- UND GWERBEFREIHEIT UND ZIVILRECHT IM ALLGEMEINEN

Nachdem erwiesen ist, dass private monopolistische Gebilde als Erscheinungsformen der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung unter dem Schutz der HGF stehen, erscheint jede Rechtsvorschrift, welche die Privatautonomie darum einschränkt, weil sie zur Bildung von Kartellen und ähnlichen Organisationen, zur Preisbeeinflussung und zu Monopolkampfmassnahmen führt, als verfassungswidrig, sofern nicht die Verfassung selbst ein Abweichen vom Grundsatz der HGF zulässt. Dabei ist es vollkommen gleichgültig, ob eine solche Rechtsvorschrift dem Zivilrecht oder dem öffentlichen Recht zugerechnet wird: ob nun einfach die Unverbindlichkeit von Kartellverträgen statuiert wird, ob darüber hinaus Monopolkampfmassnahmen den geschädigten Aussenseiter zu einer Schadenersatzklage berechtigen, oder ob zum Schutze des Publikums von Amtes wegen, nicht nur durch den Zivilrichter auf Klage hin, mit den Mitteln des Verwaltungszwangs und der Verwaltungsstrafe gegen eine vertragliche oder auch nur tatsächliche Unterbindung des freien Wettbewerbes durch Private eingeschritten werden soll: immer handelt es sich, sofern den privaten Konkurrenzbeschränkungen oder ihren spezifischen Auswirkungen als solchen begegnet werden soll, um einen wirtschaftspolitischen und insofern unzulässigen staatlichen Eingriff in die durch die HGF geschützte privatautonome Wirtschaftsgestaltung¹. Der Bundesgesetzgeber ist bei seiner Privatrechtsgesetzgebung gemäss BV 64 in gleicher Weise an den Grundsatz der HGF (und an die übrigen Freiheitsrechte) gebunden wie bei seiner Polizeigesetzgebung auf Grund von BV 31 bis II^{2, 3}. Das Privat-

¹ Burckhardt, Methode 207 ff.; derslb., Korporationenstaat 122 ff. Marti 80, Anm. 27, 98.

² Fleiner/Giacometti 244, 286; Nef, Kantonale Gesetze über Familienausgleichskassen 364/7; Homburger 7/10; Marti 32/3, 75 ff.; Oftinger, Privatrecht und Staatsstruktur 225/8; derslb., Vertragsfreiheit 317/8, 322/4; Simonius; Egger ZGB 27 N 1/2, 36, ZGB 28 N 10; BBl 1946 III 830, 837; a. M. Huber, Die staatsrechtliche Bedeutung der Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen und -vereinbarungen, ZSR nF 59 (1940) 363, Anm. 49; derslb., Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, NZZ Nr. 1130/1941.

³ Aus der Praxis, auf die sich Huber beruft (vgl. Burckhardt, Kommentar 227;

recht, wie es im einzelnen auch immer definiert werde, setzt, soweit es die Wirtschaft betrifft, den Grundsatz der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung aus innerer, begrifflicher Notwendigkeit voraus⁴ und kann ihn darum nicht selbst wieder aufheben; dabei wird man aber doch, wenn die Bundesverfassung nicht widersprüchlich interpretiert werden soll, keinesfalls annehmen dürfen, der Grundsatz der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung erhalte unter dem besonderen Gesichtspunkt von BV 64 einen andern Inhalt als denjenigen, der sich bereits aus der umfassenden Garantie in BV 31 I ergibt. Die Privatautonomie, d. h. die den Privaten verliehene Befugnis, ihre Beziehungen nach eigenem Gutdünken zu ordnen⁵, muss gerade auf wirtschaftlichem Gebiet, wenn sie nicht anarchisch sein soll, im wesentlichen als Rechtssetzungskompetenz aufgefasst werden, d. h. als eine Ermächtigung der Privaten, ihre Beziehungen nach eigenem Gutdünken mit rechtlicher Wirksamkeit, insbesondere durch freie, rechtsverbindliche Verträge und Assoziationen zu ordnen⁶. Es kann, weil es im höchsten Grade widersprüchlich wäre, nicht die Meinung der Bundesverfassung sein, dass die Privatautonomie privatrechtlich auch aus wirtschaftspolitischen Gründen eingeschränkt und der in BV 31 I garantierte Grundsatz der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung auf Grund von BV 64 also wieder weitgehend aufgehoben werden kann, in der Weise, dass die rechtliche Gültigkeit von Verträgen oder Assoziationen z. B. darum, weil sie überdurchschnittlich hohe Preise zum Gegenstand haben, verneint oder von der Erfüllung besonders strenger Formvorschriften abhängig gemacht wird. Es ergibt sich demnach, dass Bildung und Tätigkeit der unter dem Schutze der HGF stehenden Kartelle und ähnlichen Organisationen auch durch Privatrechtsvorschriften nie an sich, sondern nur in qualifizierten Fällen eingeschränkt werden können, wobei keinesfalls wirtschaftspolitische Motive massgebend sein dürfen^{6a}; der staatlichen Bekämpfung von Privatmonopolen sind darum, abgesehen von den in der

BGE 64 I 16 ff., 65 I 65 ff.) lässt sich u. E. für seine These, dass der Zivilgesetzgeber innerhalb seines Bereiches über die Privatautonomie ohne rechtliche Bindung an den Grundsatz der HGF verfügen könne, gar nichts ableiten; in BGE 65 I 80/81 (vgl. Nef a.a.O.) und auch in anderen Urteilen wird vielmehr ausdrücklich davon ausgegangen, dass sich das Privatrecht mit dem Grundsatz der HGF im besonderen und mit den Freiheitsrechten im allgemeinen in Uebereinstimmung befinden müsse (vgl. oben S. 85, Anm. 74).

⁴ Otfinger, Vertragsfreiheit 317; Marti 75; Burckhardt, Methode 224.

⁵ Otfinger, Vertragsfreiheit 322.

⁶ Burckhardt, Methode 154/8. 188 ff., 205, 224/5; vgl. ferner Anm. 2. Ueber den Begriff der Vertragsfreiheit vgl. jetzt die grundlegende Arbeit Fischers.

^{6a} Homburger 42; dergl., Vollzug; Schärer 26/7.

Kartellbestimmung enthaltenen Möglichkeiten, auch auf dem Gebiete des Privatrechts engere Grenzen gezogen, als vielfach angenommen wird ⁷.

II. ZIVILRECHTLICHE SCHRANKEN FÜR DIE PRIMÄREN KARTELLVEREINBARUNGEN

In Anwendung des Grundsatzes der HGF hat die Praxis die private organisatorische Preisbeeinflussung seit jeher als Ausfluss der durch BV 31 I garantierten Preisfestsetzungsfreiheit ⁸ betrachtet und Kartellvereinbarungen demnach als nicht gegen die guten Sitten verstossend und rechtsverbindlich anerkannt ⁹. In Uebereinstimmung mit analogen Polizeivorschriften ¹⁰ wurde jedoch vom Zivilrichter den Kartellen dort zu Recht eine Grenze gesetzt, wo sie «die Käuferschaft in wucherischer Weise auszubeuten» versuchen ¹¹; bei Ueberschreitung dieser Grenze werden die Kartelle, insbesondere soweit lebenswichtige Nahrungsmittel in Frage stehen, unsittlich und ihre Mitglieder von den Kartellverpflichtungen befreit. Besonderen, praktisch allerdings kaum sehr wirkungsvollen Beschränkungen unterliegen die Submissionskartelle, indem sie gegen Treu und Glauben verstossen, wenn sie den Submissionar z. B. vermöge von Schutzofferten im Glauben lassen, er stehe einer reinen Konkurrenz gegenüber (OR 28. UWG 1 II b) ¹². Mit der HGF nicht vereinbar wäre eine Rechtssprechung (oder der Erlass einer entsprechenden besonderen Vorschrift) nach der es unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes im Sinne von ZGB 27 II grundsätzlich unsittlich wäre, die mit der Kartellierung verbundene weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des einzelnen Unternehmers zum Gegenstand rechtlicher Verpflichtungen zu machen ¹³. Indem private konkurrenzbeschränkende Marktordnungen als Ausfluss der durch BV 31 I vor staatlichen Eingriffen geschützten Freiheit der privatautonomen Wirtschaftsgestaltung gelten, muss zugleich die rechtliche Bindung der Unternehmer an eine

⁷ Wie z. B. bei Marbach, Antimonopolistische Intervention 220/4, 231; derslb., Kartellproblem 213; Kartellproblem 241 (Votum Naegeli); Nef, HGF 44; Oftinger, Vertragsfreiheit 331.

⁸ Fleiner/Giacometti 284; Nef, HGF 10/1; Marti 73.

⁹ Homburger 40; Feldmann 65; Lüthi 70; Zoelly 43; Schärer 26/7; Marti 78, 176.

¹⁰ Vgl. unten S. 102/3.

¹¹ BGE 62 II 100; Feldmann 65; Homburger 43; Lüthi 70, 74; Schärer 29/31; Zoelly 43.

¹² Mislin 30/2; Zoelly 51/4; Preisbildungskommission, Sonderheft 57, 36.

¹³ Homburger 44; Egger ZGB 27 N 35/6; Marti 78, 80, Anm. 27; a. M. Oftinger, Vertragsfreiheit 331.

solche Marktordnung möglich sein, so wie ganz allgemein die HGF auf dem Gebiete des Privatrechts die Vertragsfreiheit bedingt. Es ist nicht einzusehen, warum die Einschränkung des Unternehmers in seiner Freiheit, Preis und Produktionsmenge festzusetzen, unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der Würde des Individuums unsittlich sein sollte, wenn derselbe Unternehmer andererseits seine Selbständigkeit durch Fusionierung vollständig aufgeben kann und wenn sich die Arbeitnehmer ohne Widerrufsmöglichkeit während 10 Jahren für ihre gesamte wirtschaftliche Tätigkeit den Weisungen des Arbeitgebers unterstellen können (OR 351). Wenn die kartellmässige Einschränkung der Unternehmerfreiheit im Hinblick auf das Persönlichkeitsrecht oft als unsittlich empfunden wird, so eben im Grunde immer nur darum, weil man sich am System der freien Konkurrenz orientiert: eine Orientierung an diesem System ist aber dem Richter und dem Gesetzgeber mit Rücksicht auf die HGF verwehrt. Nur wenn die Einengung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Kartellmitgliedes derart übermässig ist, dass sie «die Grundlagen seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet», wie das z. B. bei starker Aussenseitertätigkeit der Fall ein kann, ist sie unsittlich und die Kartellverpflichtung als ungültig zu betrachten¹⁴. Nicht übermässig darf die Bindung des Kartellmitgliedes ferner in zeitlicher Hinsicht sein; es sollte nach einer bestimmten Zeit ein Austritt möglich sein, und zwar ein solcher nach freiem Ermessen des Mitgliedes, nicht nur, sofern wichtige Gründe gegeben sind¹⁵. Wie bereits dargelegt wurde¹⁶, hat der Bundesgesetzgeber durch die Schaffung der Gesellschaftsform der GmbH den Kartellen neuerdings allerdings mit voller Absicht eine Rechtsform zur Verfügung gestellt, welche unter dem Vorbehalt wichtiger Austrittsgründe den Ausschluss jeder Kündigungsmöglichkeit auf unbestimmte Zeit mit sich bringen kann. Eine unzulässige Beschränkung der Assoziationsfreiheit würde erfolgen, wenn Kartelle nur nach Massgabe spezieller gesellschaftsrechtlicher Vorschriften errichtet werden könnten, welche z. B. ausserordentliche, mit der Sicherheit im Geschäftsverkehr in keinem Zusammenhang stehende Publizitätspflichten und besonders kurze Kündigungsfristen mit sich bringen könnten¹⁷: da die Preisbindung ein legitimer Zweck wirtschaftlicher Organisation ist und da bei dessen Verfolgung das Bedürfnis nach rechtlicher Differenzierung sicher nicht kleiner ist als bei der Verfolgung

¹⁴ BGE 51 II 168, 56 II 54; Lüthi 71; Egger a.a.O.

¹⁵ BGE 62 II 36, 102; Lüthi a.a.O.; Schärer 36/7.

¹⁶ Vgl. oben S. 37.

¹⁷ Vgl. einen entsprechenden Vorschlag in Sten Bull NR 1938, 374/5.

anderer Gesellschaftszwecke, müssen der Kartellierung, wenn keine wirtschaftspolitische Diskriminierung gegenüber anderen, dem System der freien Konkurrenz besser entsprechenden Unternehmerzusammenschlüssen erfolgen soll, grundsätzlich alle vom Zivilrecht allgemein gebotenen Möglichkeiten der rechtsverbindlichen Assoziation offen stehen. Die gleichen Überlegungen lassen es als ausgeschlossen erscheinen, allein gestützt auf BV 64 durch eine Revision des Aktienrechtes speziell die Trustbildung zu vereiteln ^{17a}.

Unverbindlich im Sinne von OR 29/30 sind Kartellverpflichtungen für Kartellmitglieder, die durch widerrechtliche Furchterregung zum Beitritt gezwungen wurden ¹⁸. Ob im einzelnen Fall von einer widerrechtlichen Furchterregung gesprochen werden kann, hängt praktisch vor allem davon ab, wie weit der äussere Organisationszwang erlaubt ist; wenn sich ein Aussenseiter infolge eines Boykotts zum Beitritt gezwungen sieht, kann er sich jedenfalls dann nicht auf Furchterregung berufen, wenn der Boykott erlaubt war ¹⁹. Es stellt sich demnach die für Kartelle und ähnliche Organisationen auf dem Gebiete des Zivilrechts zentrale Frage, ob Monopolkampfmassnahmen, insbesondere der Boykott, die ohne Zweifel immer eine weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Aussenseiter, oft sogar ihre Vernichtung mit sich bringen, unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes gemäss ZGB 28 I als zulässig erscheinen ²⁰. Soweit diese Frage verneint werden muss, entsteht zugunsten der geschädigten Aussenseiter oder der sie begünstigenden, ebenfalls monopolistisch bekämpften Kunden und Lieferanten gemäss ZGB 28 in Verbindung mit OR 49 oder direkt gemäss OR 41 II ein Anspruch auf Unterlassung und Schadenersatz ^{20a}, und die sekundären Kartellvereinbarungen, welche die betreffenden Monopolkampfmassnahmen zum Gegenstand haben, werden unverbindlich, ebenso wie die primären Kartellverpflichtungen für jene Mitglieder, welche dem Kartell unter dem Druck des verpönten äusseren Organisationszwanges beigetreten sind.

^{17a} Vgl. über entsprechende Versuche in den USA Wolf 206; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 335/6; Lippmann 289.

¹⁸ Lüthi 72.

¹⁹ BGE 62 II 104/5; a. M. Mislin 79/80.

²⁰ Vgl. oben S. 73, Anm. 10a.

^{20a} Viele Tatbestände des Monopolkampfes sollten heute unter das UWG subsumiert werden; doch ändert sich damit in bezug auf die Frage nach ihrer Zulässigkeit praktisch gar nichts; vgl. Naegeli, Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung 182/4.

III. ZIVILRECHTLICHE SCHRANKEN FÜR DIE SEKUNDÄREN KARTELL- VEREINBARUNGEN, DEN MONOPOLKAMPF

Monopolkampfmassnahmen bilden die unerlässliche Ergänzung jeder organisierten Preisbeeinflussung²¹ und müssen darum, da letztere als ein Ausfluss der HGF erscheint, ihrerseits ebenfalls grundsätzlich zugelassen werden²². Das Bundesgericht nimmt schon lange, und zwar in bewusster Anwendung des Grundsatzes der HGF²³, die grundsätzliche Zulässigkeit des Boykotts an²⁴, u. U. selbst dann, wenn er zur Vernichtung des Aussenseiters führt²⁵. Eine privatautonome Wirtschaftsgestaltung, auch wenn sie nur im Rahmen der freien Konkurrenz geschützt würde, lässt sich nicht denken ohne die sogenannte Abschlussfreiheit, d. h. die Befugnis, mit einem Wirtschaftssubjekt einen Vertrag abzuschliessen oder auch nicht abzuschliessen²⁶: jeder Unternehmer muss das Risiko auf sich nehmen, keine Geschäftspartner zu finden, womit bereits gesagt ist, dass es in der Privatwirtschaft auch unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes kein Recht auf wirtschaftliche Existenz im Sinne eines grundsätzlichen Anspruches gegenüber Privaten auf Abschluss von Verträgen geben kann^{26a}. Würde man nun aber einen solchen Anspruch immer dann gewähren, wenn von der Abschlussfreiheit, anstatt im reinen Konkurrenzkampf, zwecks Aufrechterhaltung einer privaten Marktordnung in organisierter, planmässiger Weise, eben durch einen Boykott, Gebrauch gemacht wird, so würde damit ein wirtschaftspolitischer, einseitig am System der freien Konkurrenz orientierter Eingriff in die Privatautonomie und damit eine Verletzung der HGF erfolgen²⁷. Monopolkampfmassnahmen, wie die private monopolistische Preisbindung überhaupt, können nur in polizeilich qualifizierten Fällen unterbunden werden. Unerlaubt erscheinen Monopol-

²¹ Vgl. oben S. 40 ff.; ferner BGE 54 II 175, 62 II 280/1.

²² Feldmann 64; Homburger 52; Lüthi 75; Aebi 19; Egger ZGB 28 N 10, 66. Vgl. die erschöpfende Darstellung Deschenaux's, 130 ff.

²³ Vgl. § 4 Anm. 74.

²⁴ Vgl. heute BGE 76 II 287/8.

²⁵ Gegen die Zulässigkeit der Vernichtung des Aussenseiters noch BGE 22 175; 32 II 360; nach BGE 33 II 276 ist bereits auch ein auf die Vernichtung des Aussenseiters gerichteter Boykott erlaubt; gl. M. seither u. a. BGE 51 II 525; 54 II 175; 56 II 435/6; 62 II 105/6; 280; 69 II 82; 73 II 76.

²⁶ Otfinger, Staatsstruktur und Privatrecht 226; derslb., Vertragsfreiheit 316, 320; Marti 77.

^{26a} Aebi 29/31; Simonius 292.

²⁷ Marti 77/8. A. M. Simonius (ein verkanntes Freiheitsrecht), der aber eben in der HGF die Garantie des freien Wettbewerbes erblickt und entsprechend aus ZGB 28 ein Recht auf wirtschaftliche Unabhängigkeit des einzelnen Unternehmers ableitet.

kampfmassnahmen ihrem Zwecke nach, wenn die Preisbeeinflussung, deren Durchführung sie ermöglichen sollen, aus den oben angegebenen Gründen, insbesondere wegen Wuchers, ihrerseits unzulässig ist. Widerrechtlich ist die monopolistische Bekämpfung von Aussenseitern ferner, wenn sie mit unerlaubten Mitteln, wie z.B. durch Täuschung der Konsumenten mit einer wahrheitswidrigen Reklame oder durch verleumderische Angaben über den Aussenseiter, durchgeführt wird²⁸. Im Zentrum aller zivilrechtlichen Schranken für Monopolkampfmassnahmen und damit für private monopolistische Bestrebungen überhaupt steht jedoch das vom Bundesgericht bei Boykottklagen zur Anwendung gebrachte Prinzip der Verhältnismässigkeit oder Zweckproportionalität²⁹. Zusage dieses Prinzips, das letztlich auf das Verbot des Rechtsmissbrauchs zurückzuführen ist, erscheint eine Monopolkampfmassnahme dann als widerrechtlich, wenn zwischen dem mit ihrer Hilfe für ein Kartell oder eine ähnliche Organisation erstrebten Vorteil und der Schädigung des betroffenen Aussenseiters ein offensichtliches Missverhältnis besteht. Die mit einem Boykott verbundene weitgehende Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eines Aussenseiters kann unter dem Gesichtspunkt des Schutzes seiner Persönlichkeit nur zugelassen werden, wenn dieser Aussenseiter die mittelst des Boykotts verteidigte monopolistische Marktordnung in empfindlicher Weise stören kann. Das Bundesgericht hat — und damit ging es unseres Erachtens bereits sehr weit — einen Boykott als unzulässig erachtet, der darauf gerichtet war, die Einhaltung des Kartellpreises durch einen Aussenseiter für eine Ware zu erzwingen, deren Qualität nicht so gut war wie diejenige der von den Kartellmitgliedern angebotenen Produktion³⁰. Als zweckdisproportional wurde ferner der Versuch angesehen, im Zusammenhang mit der Bekämpfung eines Aussenseiters dessen Abnehmer durch Gewährung von Subventionen und anderen Vorteilen zu verleiten, ihre Bezüge auch für solche Produkte einzustellen, die der Kartellregelung nicht direkt unterstehen^{30a}. Nur unter ganz besonders strengen Voraussetzungen ist die Bekämpfung eines Aussenseiters durch monopolistische Organisationen erlaubt, wenn dieser Aussenseiter bereit wäre,

²⁸ Homburger 52; Lüthi 75; vgl. ferner Anm. 12.

²⁹ Homburger 52; Lüthi 75; Schärer 35; Aebi 28/33; Simonius 292/3; Egger ZGB 28 N 67; Anm. 24 5. Das Prinzip der Zweckproportionalität könnte ohne weiteres auch auf das monopolistische Dumping angewendet werden; Naegeli, Die Kartelle in der Wettbewerbsordnung 178, 183.

³⁰ BGE 58 II 226 ff.

^{30a} BGE 56 II 436.

die vom Kartell oder einer ähnlichen Organisation angewandten Preise ebenfalls einzuhalten, jedoch trotzdem vernichtet werden soll, weil in der betreffenden Branche keine Angebotsvermehrung mehr erfolgen und somit überhaupt keine neue Unternehmung mehr entstehen soll. In einem neueren Entscheid geht das Bundesgericht zwar nicht soweit, dass es generell einen Aufnahmewang für Kartelle stipuliert³¹, hält aber die Vernichtung eines beitrtrittswilligen Aussenseiters nur dann für zweckproportional, wenn der fragliche Wirtschaftszweig unter einer derartigen Uebersetzung leidet, dass die freie Konkurrenz auf Grund von BV 31 bis III a wegen Existenzgefährdung auch von Staates wegen aufgehoben werden könnte³². Demgemäss ist es für monopolistische Organisationen in den meisten Fällen unmöglich, eine Erhöhung des Angebotes durch neu auftretende Konkurrenten zu verhindern, womit praktisch auch der künstlichen Beeinflussung der Preise, deren Höhe ja weitgehend von der Angebotsmenge abhängig ist, enge Grenzen auferlegt werden^{32a}. Bei der Anwendung des Prinzips der Zweckproportionalität bewegt sich das Bundesgericht offensichtlich sehr nahe an der Grenze, die ihm durch das Verbot wirtschaftspolitischer Eingriffe in die Tätigkeit der Kartelle und ähnlicher Organisationen gezogen ist³³. Wenn es z. B. die Zulässigkeit eines Boykotts mit der volkswirtschaftlichen Nützlichkeit der Marktordnung begründet, welche durch ihn verteidigt werden soll³⁴, treibt es im Grunde bereits Wirtschaftspolitik. Nachdem einmal feststeht, dass die monopolistische Preisbeeinflussung unter dem Schutz der HGF steht, muss ihre Abschirmung gegen die Tätigkeit von Aussenseitern auch dann als gültiger Zweck eines Boykotts anerkannt werden, wenn sie vom Richter als volkswirtschaftlich ungünstig beurteilt wird, es sei denn, man könne von Wucher sprechen. Die Frage, die sich für den Zivilrichter unter dem Gesichtspunkt der Zweckproportionalität von Monopolkampfmassnahmen stellt, lautet nicht; «Ist die volkswirtschaftliche Nützlichkeit der fraglichen Marktordnung derart gross, dass sie die weitgehende Einschränkung

³¹ Das fordern Gysin, Grundlinien 394, und Mislin 42.

³² BGE 76 II 292/3. Der Zivilrichter darf aber die Parallele mit dieser wirtschaftspolitischen Kompetenzbestimmung der BV nicht soweit ziehen, dass er auch überprüfen könnte, ob der fragliche private *numerus clausus* dem Interesse der Gesamtwirtschaft entspricht; er darf die Situation nur aus der Perspektive des betreffenden Wirtschaftszweiges beurteilen. Vgl. Homburger, Bemerkungen zu BGE 76 II 281 ff., 145 Anm. 1.

^{32a} Liefmann 238.

³³ Simonius 292/3; Schärer 31.

³⁴ BGE 62 II 107, 280/1.

kung oder sogar Vernichtung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Aussenseiters rechtfertigt?», sondern einzig und allein so: «Ist die Schädigung des Aussenseiters notwendig, um die fragliche Marktordnung, so wie sie nun einmal gegeben ist, zu erhalten^{34a}?» Aber auch wenn der Zivilrichter die Angemessenheit einer Monopolkampfmassnahme nicht vom Standpunkt der Volkswirtschaft, sondern richtigerweise von demjenigen der individuellen Sittlichkeit aus beurteilt, muss er den monopolistischen Preis, der gegen den Aussenseiter durch Monopolkampfmassnahmen verteidigt wird, als eine gegebene Grösse hinnehmen und darf nicht etwa eine Interessenabwägung in der Weise vornehmen, dass er sich fragt, ob den Mitgliedern des Kartells eher eine Schmälerung ihres Gewissens zuzumuten sei als dem Aussenseiter die Aufgabe seiner Freiheit oder seiner Existenz³⁵; ein Urteil, das von einer solchen Fragestellung ausginge, würde die verfassungsmässige Preissetzungsfreiheit und die darin enthaltene Preisbindungsfreiheit praktisch aufheben.

IV. WIRKUNG UND AUSBAU DER ZIVILRECHTLICHEN SCHRANKEN FÜR KARTELLE UND ÄHNLICHE ORGANISATIONEN UNTER AUFRECHTERHALTUNG DER HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT

Aus dem Ueberblick über die zivilrechtlichen Schranken für Kartelle und ähnliche Organisationen, die bisher von der Rechtsprechung auf Grund allgemeiner Bestimmungen — wie jener über das Persönlichkeitsrecht (ZGB 27/28), die Furchterregung (OR 29/30), den unlauteren Wettbewerb (OR 48, jetzt UWG) oder ganz allgemein über die Verstösse gegen die guten Sitten durch Verträge und Korporationen (OR 20 I, ZGB 52 III) und über die unerlaubten Handlungen OR 41 ff.) — aufgerichtet worden sind, ergibt sich, dass sie ohne Abweichung von der HGF kaum mehr um vieles verstärkt werden könnten; durch spezielle Vorschriften, wie sie anlässlich der ersten Revisionen des OR (1911) zur Beschränkung privater monopolistischer Bestrebungen in Ergänzung zu OR 20 vorge schlagen wurden³⁶, liesse sich, sofern sie sich ausschliesslich auf BV 64

^{34a} Vgl. darüber Homburger, Vollzug 279/82; dergl., Bemerkungen zu BGE 76 II 281 ff.

³⁵ A. M. Simonius 293, Seine Ansicht, die Existenzvernichtung eines Konkurrenten lasse sich nicht rechtfertigen, wenn sie nur dazu diene, den Gewinn des anderen Konkurrenten zu verbessern, ist mit dem Wesen des Konkurrenzkampfes, ganz abgesehen von seiner monopolistischen Denaturierung, nicht vereinbar.

³⁶ Zoelly 40; Schärer 20/I.

stützen könnten, gegenüber dem bisherigen Zustand sicher keine Verbesserung erzielen. Der Schutz, der den Aussenseitern vermöge des Prinzips der Zweckproportionalität von Monopolkampfmassnahmen gewährt wird, und der zugleich eine Lockerung der durch sekundäre Kartellvereinbarungen bewirkten Bindungen mit sich bringt, geht sehr weit und sollte in seiner Bedeutung keinesfalls unterschätzt werden. Am geringsten ist der zivilrechtliche Schutz gegenüber schädlichen Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen naturgemäss für die Konsumenten. Zivilrechtliche Schranken für private Konkurrenzbeschränkungen vermögen die Konsumenten im wesentlichen nur indirekt vor einer Verschlechterung der Bedürfnisbefriedigung zu schützen, indem sie insofern, als sie u. U. die Unverbindlichkeit oder Kündbarkeit von Kartellverpflichtungen statuieren und die Existenz der Aussenseiter bis zu einem gewissen Grade sichern helfen, die Bildung eines freien Wettbewerbs erleichtern. In direkter Weise können sich die Konsumenten gegen die übermässige Hochhaltung der Preise durch monopolistische Organisationen lediglich wegen Uebervorteilung im Sinne von OR 21 wehren, eine Möglichkeit, die kaum je praktische Bedeutung erlangen wird³⁷. Die Wirksamkeit des indirekten zivilrechtlichen Schutzes der Konsumenten vor monopolistischen Missbräuchen hängt vor allem vom Intensitätsgrad der Solidarität der Branchenangehörigen ab; das Zivilrecht kann nur insofern zur freien Preisbildung beitragen, als Kartellmitglieder wieder zur freien Konkurrenz zurückzukehren wünschen und sich von der «Verschwörung gegen das Publikum» distanzieren (bei Kartelloiden ist ein Austritt rechtlich von vornherein möglich und bei Trusts ist er undenkbar) oder als neue Konkurrenten auftreten, die Aussenseiter bleiben wollen. Da nun aber in der freien Wirtschaft — wie schon mehrfach betont wurde³⁸ — eine stets wirksame Tendenz zur freien Konkurrenz, m. a. W. also zum Aussenseitertum besteht, die sich desto mehr verstärkt, als die Spanne zwischen Kosten und monopolistischen Preisen missbräuchlich vergrössert wird (weil damit die freie Preisbildung «im Schatten» der monopolistischen Organisation zugleich immer lukrativer wird), erscheint der indirekte zivilrechtliche Konsumentenschutz durchaus nicht als wirkungslos³⁹.

³⁷ Zoelly 40; Böhm, Monopolkampf 52. Es wäre zwar in gewissen Fällen durchaus möglich, bei der Monopolisierung des Marktes von einer Notlage der Konsumenten zu sprechen; die praktische Wirkungslosigkeit rührt jedoch daher, dass auch monopolistische Preise kaum je die Wuchergrenze erreichen.

³⁸ Vgl. insb. oben S. 67 ff.

³⁹ A. M. Gysin, Grundlinien 410.

In der Absicht, den Schutz der Konsumenten noch zu verstärken, insbesondere im Hinblick darauf, dass die direkt betroffenen Kartellmitglieder und Aussenseiter sich oft scheuen, ihre Freiheit, auch wenn ihnen daran gelegen wäre, prozessual zu verteidigen, wurde von Marbach unter Berufung auf eine ähnliche Regelung im UWG (Art. 2 III) vorgeschlagen, es sei einer bestehenden oder noch zu gründenden Konsumentenorganisation ein Klagerecht einzuräumen¹⁰. Dieser Vorschlag muss wohl so aufgefasst werden, dass eine Konsumentenorganisation in eigenem Namen, aus eigener Initiative und eigenem Interesse durch den Zivilrichter feststellen lassen könnte, dass bestimmte Kartellverpflichtungen für die Mitglieder mit Rücksicht auf ihr Persönlichkeitsrecht unverbindlich sind und bestimmte Monopolkampfmassnahmen einen unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der betroffenen Aussenseiter darstellen; denkbar wäre auch eine Klage auf Unterlassung oder Widerruf einer den Boykott auslösenden Verrufserklärung. Eine solche Regelung müsste jedoch — ganz abgesehen davon, wie man sich im allgemeinen zum Verbandsklagerecht stellen mag — schwere Bedenken erwecken¹¹. In erster Linie kann man sich fragen, ob es überhaupt Organisationen gibt, welche die Interessen der Konsumenten in reiner und repräsentativer Weise vertreten. Keine solchen Organisationen sind jedenfalls die Konsumgenossenschaften, die doch im wesentlichen und vor allem einmal selbst Produzenten sind (unter Produktion wird hier jede wirtschaftliche Wertvermehrung, insbesondere auch der Handel, verstanden), eine Tatsache, deren Gewicht dadurch keineswegs aufgehoben wird, dass sie im Interesse der Konsumenten zu handeln bestrebt sind¹²; da die Konsumgenossenschaften selbst als Produzenten und insofern oft auch als Konkurrenten der in einer monopolistischen Organisation zusammengefassten Unternehmer auftreten, würden sie gegenüber den letzteren durch die Gewährung eines besonderen Konsumentenklagerechtes in rechtsungleicher Weise bevorzugt. Das entscheidende Hindernis für die Gewährung eines Verbandsklagerechtes gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen

¹⁰ Marbach, Antimonopolistische Intervention 222. Anm. 1, 231; Kartellproblem 228.

¹¹ Ablehnend auch Naegeli, Kartellproblem 241; Tanner 109/10. Ueber das Verbandsklagerecht im allgemeinen vgl. Roos, Das Klagerecht der Wirtschafts- und Berufsverbände nach dem UWG (Bern 1947); BGE 73 II 65 ff., einlässlich kommentiert von Meyer, SJZ 44 (1948) 185/8.

¹² Es ist ganz allgemein ein Trugschluss, wenn geglaubt wird, durch den Beizug von Vertretern der Konsumgenossenschaften bei der Bestellung von Kommissionen, die für die Wirtschaftspolitik massgebend sind, seien zugleich die Konsumenteninteressen als solche vertreten.

besteht jedoch darin, dass die Interessen der unmittelbar Geschädigten, d. h. der Kartellmitglieder und Aussenseiter, im Gegensatz zur Sachlage bei allen andern Verbandsklagerechten nur zufällig und gelegentlich mit denjenigen des klagenden Konsumentenverbandes zusammenfallen würden und keine innere Verwandtschaft zwischen ihnen bestehen würde; eine Konsumentenorganisation könnte z. B. groteskerweise die Unsittlichkeit eines Kartells wegen übermässiger Bindung seiner Mitglieder in einem Zeitpunkt gerichtlich feststellen lassen, in dem letztere selbst alle noch durchaus an der Aufrechterhaltung des Kartells interessiert wären. Die Notwendigkeit der inneren Verwandtschaft zwischen dem Kollektivinteresse, das durch ein Verbandsklagerecht geltend gemacht wird, und dem Einzelinteresse der unmittelbar Geschädigten findet darin ihren rechtlichen Ausdruck, dass ein Verbandsklagerecht bisher stets nur unter der Voraussetzung gewährt wurde, dass zugleich Mitglieder des klagenden Verbandes einzeln klageberechtigt sind¹³; mit diesem Erfordernis eines gleichzeitigen Klagerechts von Mitgliedern wird der allgemeinen Regel Rechnung getragen, dass Rechtsansprüche nur aus einer Schädigung abgeleitet werden können, die mit der gerügten Rechtsverletzung in unmittelbarem Zusammenhang steht¹⁴. Beim Klagerecht der Konsumentenverbände gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen im dargelegten Sinne müsste jedoch die Voraussetzung der gleichzeitigen Mitgliederklageberechtigung von vornherein wegfallen, weil ja nicht die Konsumenten, sondern die Kartellmitglieder und Aussenseiter die primär Klageberechtigten sind. Die Konsumenten werden durch die Freiheitsbeschränkung, welche die Kartelle für die Mitglieder mit sich bringen, und durch den Organisationszwang, der auf die Aussenseiter ausgeübt wird, nur mittelbar, infolge der damit verbundenen Einschränkung der freien Konkurrenz geschädigt. Wenn eine Konsumentenorganisation die Boykottklage erheben und dabei die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Aussenseiters geltend machen könnte, so würde sie das nicht um der Freiheit des unmittelbar geschädigten Unternehmers, um des Schutzes seiner Persönlichkeit willen tun, sondern aus wirtschaftspolitischen Motiven, im Interesse der Erhaltung der freien Konkurrenz; damit würde aber das Persönlichkeitsrecht seinem Zwecke entfremdet und in verfassungswidriger Weise der Wirtschaftspolitik dienstbar gemacht. Es ergibt sich demnach, dass sich ein Verbandsklagerecht gegen Kartelle und ähnliche Organi-

¹³ Roos 55 ff.; BGE 73 II 68, 72; UWG 2 III.

¹⁴ BGE 73 II 68.

sationen zugunsten von Konsumentenorganisationen bestenfalls auf die Kartellbestimmung stützen liesse und nur insofern möglich wäre, als das Zivilrecht durch wirtschaftspolitische Bestimmungen ergänzt wird, nach denen die Kartellbindung und der monopolistische äussere Organisationszwang in einem Masse eingeschränkt werden könnten, das die durch die HGF gesetzten Grenzen übersteigt.

B) Öffentlich-rechtliche Schranken

I. HÖCHSTPREISVORSCHRIFTEN

Auch für das öffentliche Recht gilt der Grundsatz, dass Bildung und Tätigkeit der Kartelle und ähnlicher Organisationen nie an sich, sondern nur in qualifizierten Fällen eingeschränkt werden können, wobei, abgesehen von den in der Kartellbestimmung enthaltenen Möglichkeiten, keine wirtschaftspolitischen Beweggründe massgebend sein dürfen. Unvereinbar mit der HGF ist in erster Linie die Unterstellung monopolistischer Preise als solcher unter zwingende staatliche Höchstpreisvorschriften⁴⁵; die privatautonome, von jedem staatlichen Zwang befreite Preisbildung, zu der auch die private monopolistische Preisbeeinflussung gehört, steht im Zentrum der durch BV 31 I geschützten privatautonomen Wirtschaftsgestaltung, denn mit dem Preis als Wertmassstab für die einzelnen Güter wird zugleich bestimmt, was und wieviel produziert und konsumiert werden soll. Es liegt im Wesen der Privatwirtschaft, dass jeder Unternehmer seinen Preis so hoch wie möglich ansetzt, und der Staat würde in verfassungswidriger Weise Wirtschaftspolitik treiben, wenn er das Vermögen der Konsumenten davor schützen wollte, dass die Produzenten durch organisatorische Massnahmen auf kollektiver Basis die Preisbildung für sich möglichst günstig zu gestalten versuchen. Lediglich dort, wo das Missverhältnis zwischen Preisen und Kosten derart offensichtlich wird, dass von Wucher gesprochen werden kann, ist der Staat aus polizeilichen Gründen berechtigt, eine maximale Preisbegrenzung vorzunehmen. Ein Ausfluss dieser polizeilichen Kompetenz zur Festsetzung von Höchstpreisen zwecks Verhütung des Wuchers sind die kantonalen Vorschriften gegen den Zinswucher⁴⁶, die vor allem für die Bankenkartelle von Be-

⁴⁵ Fleiner/Giacometti 284; Nef, HGF 10/1; Marti 73; Homburger, Vollzug 282 Anm. 2.

⁴⁶ Vgl. OR 73 II, ZGB 795 II. Für Zürich beträgt das Zinsmaximum gemäss § 213 EG/ZGB 12% p. a.; vgl. OS 36, 676.

deutung sind. Eine Preiskontrolle zur Verhütung krasser Ueberforderungen besteht ferner für die Verwertung von Urheberrechten ^{46a}. Es wäre theoretisch durchaus denkbar, im Rahmen der Wuchergesetzgebung auch für andere wichtige wirtschaftliche Güter kantonale oder eidgenössische Monopolhöchstpreise auf Grund von BV 31 II und 31 bis II festzusetzen; die praktische Wirkung wäre jedoch kaum sehr gross, da ja, weil die HGF, d. h. die Lenkung der Wirtschaft durch die privatautonome Preisbildung nicht gegenstandslos gemacht werden darf, nur krasse Preisüberforderungen, keinesfalls jedoch überhöhte Preise und Gewinne schlechthin verboten werden dürften ⁴⁷. Abgesehen von der Verhütung des Wuchers lassen sich staatliche Höchstpreisvorschriften aus gewerbepolizeilichen Gründen nur ausnahmsweise, in einigen wenigen Berufen rechtfertigen ⁴⁸. So sind z. B. im Hinblick auf die Unerfahrenheit der ortsunkundigen Fremden und der damit verbundenen besonders grossen Gefahr ihrer Ausnützung Maximaltarife für Kutscher, Dienstmänner und Fremdenführer als mit der HGF vereinbar erklärt worden. Als polizeilich in besonders hohem Masse gerechtfertigt erscheinen Höchstpreisvorschriften für die wissenschaftlichen Berufsarten, weil es hier nicht nur um den Schutz des Vermögens, sondern vornehmlich um denjenigen der Gesundheit und der Rechtspflege geht, und weil bei diesen Berufen die Kontrollwirkung des freien Wettbewerbes naturgemäss von vornherein in starkem Masse beschränkt ist, was rechtlich im Erfordernis des Fähigkeitsausweises zum Ausdruck kommt. In diesen Fällen, in denen die Kantone ohne Rücksicht auf die Wuchergrenze aus besonderen polizeilichen Gründen Höchstpreisvorschriften erlassen können, ist die Anwendung der Kartellbestimmung, soweit sie dem Schutze des Publikums dienen soll, zwar theoretisch möglich, aber sicher nicht opportun; entsprechende Bundesvorschriften gehen den auf die Kartellbestimmung gestützten Preisvorschriften als *leges speciales* vor.

^{46a} BG betr. die Verwertung von Urheberrechten vom 25. 9. 40, Art. 4; vgl. Morf, SJZ. 39 (1943) 379/80; Ostertag, SJZ 39 (1943) 293/4.

⁴⁷ Auch das zivilrechtliche (vgl. oben S. 99, Anm. 37) und das strafrechtliche Wucherverbot (StGB 157) scheinen keineswegs von grosser praktischer Bedeutung zu sein, insbesondere nicht für Kartelle und ähnliche Organisationen.

⁴⁸ Burckhardt, Kommentar 235; Fleiner/Giacometti 284, Anm. 21; Nef, HGF 11; Marti 136.

II. DAS KARTELLREGISTER

Als wichtigste staatliche Massnahme zur Verhütung des Missbrauchs privater Monopolstellungen wird vielfach die Errichtung eines Kartellregisters mit Eintragungszwang betrachtet. Es wird erwartet, dass sich die Kartelle und ähnlichen Organisationen angesichts der mit einem solchen Register verbundenen Publizität bei der Preisbeeinflussung einer erheblichen Mässigung befleissigen müssten, so dass auf weitergehende Interventionen fast ganz verzichtet werden könnte ^{48a}. Was man sich unter einem Kartellregister in concreto vorzustellen hat, geht aus dem Entwurf Gysins zu einem Kartellgesetz hervor, in welchem der Publizitätspflicht eine zentrale Bedeutung zukommt ⁴⁹; es heisst dort:

Art. 8.

«Kartelle und Trusts, sowie die in der Schweiz niedergelassenen Tochtergesellschaften ausländischer Trusts sind zur Anmeldung beim eidgenössischen Kartellregister verpflichtet.

Ebenso sind anzumelden Beschlüsse über Kartellverpflichtungen und Kartellnormen (Art, Höhe, Umfang, Dauer, Geltungsbereich, Ausübung, Aenderung, Aufhebung oder Sicherung der Verpflichtungen und Normen).

Kartellverpflichtungen und Kartellnormen erhalten erst mit dem Eintrag im Register rechtliche Gültigkeit und sind nur im eingetragenen Umfang gültig; eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Kartellgründung oder des Beschlusses findet nur statt, wenn die Anmeldung binnen 14 Tagen erfolgt ist.

Mit Ablauf dieser Frist bis zur erfolgten Anmeldung entsteht für alle Kartellmitglieder das Recht, den Austritt fristlos und entschädigungsfrei zu erklären ^{49a}.»

Art. 11.

«Die Bezeichnung der für die Anmeldung verantwortlichen Personen, die Erfordernisse und Beilagen der Anmeldung sowie die Einträge im Kartellregister werden durch Verordnung geregelt; die Einträge sollen unter anderem Aufschluss geben über Art und Zweck des eingetragenen Gebildes, über Namen, Zahl und Gesamtbedeutung der beteiligten Unternehmen, den schätzungsweisen oder festgestellten Grad der Markterfassung und, bei Kartellen, über Inhalt und Umfang sowie alle wesentlichen Punkte der Verpflichtungen und Normen (Art. 8).

^{48a} Feldmann 44; Lang 56, 60; Eggmann 189 ff.; Gysin, Entwurf 269; Liefmann 228; Marbach, Schweiz. Metall- und Uhrenarbeiterzeitung Nr. 24/1951. Andere Autoren freilich lehnen ein Kartellregister als eine «überflüssige Papiersammlung» ab; vgl. Wolfers 136; Tanner 77/8.

⁴⁹ Gewerkschaftliche Rundschau 1936, 271 ff.

^{49a} In Art. 31 sind für den Fall der Unterlassung der Anmeldung auch strafrechtliche Sanktionen vorgesehen.

Das Kartellregister und die bei ihm verwahrten Akten stehen den Mitgliedern der eidgenössischen Kartellbehörden und des Bundesrates, sowie den von ihm bezeichneten Personen offen.

Das eidgenössische Kartellamt publiziert periodisch zusammenzufassende Berichte im sozialstatistischen Organ des EVD und erteilt Personen, die ein berechtigtes Interesse nachweisen, insbesondere den Vertretern interessierter Verbände, nähere Auskunft oder gewährt ihnen, unter Zustimmung des EVD, Einsicht in das Register; über die Verwendung der erlangten Kenntnisse kann eine bindende Vereinbarung getroffen werden.»

Vor allem an ein Kartellregister dachten auch die (Gysin nahestehenden) Urheber der Kriseninitiative, welche ja bereits die Aufnahme einer Kartellbestimmung in die Bundesverfassung verlangte⁵⁰. Auch neuere ausländische Kartellgesetze, so das österreichische⁵¹ und das schwedische⁵², beschränken die Intervention gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen fast ausschliesslich auf die Einführung der Registerpflicht. Ganz besonders hervorzuheben ist, dass in der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln im Zusammenhang mit der Kartellbestimmung in erster Linie die «Einführung einer gewissen Publizitätspflicht» in Aussicht gestellt wurde⁵³. Uebrigens bestand auf Grund des BB betreffend die Ueberwachung von Warenpreisen vom 20. Juni 1936, Art. 1 III, bereits einmal eine Registerpflicht für Kartelle und ähnliche Organisationen⁵⁴, der man jedoch mit Rücksicht darauf, dass die Preisüberwachung, die vorerst nur in einzelnen Fällen, so eben bei monopolistischen Preisabreden, vorgesehen war, sogleich zu einer allgemeinen Preiskontrolle ausgebaut wurde, nie Nachachtung verschaffte⁵⁵. Auf die mit der Errichtung eines Kartellregisters aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Probleme muss bereits jetzt, und nicht erst im Zusammenhang mit der Kartellbestimmung, eingetreten werden, weil offenbar da und dort die irrtümliche Auffassung besteht, der Registerzwang für Kartelle und ähnliche Organisationen sei mit der HGF ohne weiteres vereinbar⁵⁶. Dem ist keineswegs so; es wird sich vielmehr zeigen, dass der Kartellregisterzwang, der, wenn er wir-

⁵⁰ Eggmann 189 ff.

⁵¹ Schweiz. Handelszeitung Nr. 51/1951. Die praktischen Erfahrungen scheinen aber eher ungünstig zu sein, vgl. NZZ 338/1953.

⁵² Marbach, a.a.O.

⁵³ Botschaft 889.

⁵⁴ Verfügung Nr. 3 des EVD betreffend die Ueberwachung von Warenpreisen (Anmeldung von Preisabreden) vom 10. 8. 37, AS 52, 642.

⁵⁵ Vgl. Einleitung, insb. Anm. 2/4.

⁵⁶ NR-Kommission. Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 75 (Wetter); Lehner.

kungsvoll sein soll, die beinahe totale Aufhebung des Geschäftsgeheimnisses der Betroffenen mit sich bringen kann (vgl. Entwurf Gysin Art. 8 II, Art. 11 I), mit der Bundesverfassung nur vereinbar ist, soweit er sich auf die Kartellbestimmung stützen lässt. Jeder speziell auf die Preisgabe geschäftlicher Geheimnisse gerichtete staatliche Zwang — handle es sich um eine Auskunftspflicht gegenüber einer Behörde, um den Zwang zum Eintrag geschäftlicher Daten in ein Register, sei es nun öffentlich oder nur von bestimmten Behörden einzusehen, oder um die Pflicht zur direkten Bekanntmachung durch die Presse — bedeutet einen Eingriff in das in wirtschaftlicher Hinsicht unter dem Schutze der HGF stehende Recht auf individuelle Freiheit gegenüber dem Staat und ist darum nur insofern gerechtfertigt, als er im öffentlichen Interesse erfolgt^{56a}. Ein solches Interesse ist ohne Zweifel gegeben, wenn und soweit als die Aufklärung einer Behörde durch eine Privatperson über deren wirtschaftliche Verhältnisse die notwendige Voraussetzung für die Aktualisierung einer verfassungsmässig begründeten staatlichen Kompetenz darstellt; ein Beispiel bietet die Pflicht zur Bekanntgabe geschäftlicher Daten, welche der Privatwirtschaft eventuell bei der Anwendung von BV 31 quinquies zur Verhütung wirtschaftlicher Krisen auferlegt wird. Es gilt in diesen Fällen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, und es dürfen deshalb keine Angaben verlangt werden, die für die Durchführung der betreffenden staatlichen Aufgabe nicht unbedingt notwendig sind⁵⁷. Der Registerzwang für Kartelle und ähnliche Organisationen, soweit er der Durchführung der gegen sie gerichteten polizeilichen Massnahmen — welche ja, abgesehen von der Kartellbestimmung, allein möglich sind — dienen soll, ist nun aber mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nie vereinbar. Es ist nicht einzusehen, welcher polizeiliche Eingriff in die Tätigkeit von Kartellen und ähnlichen Organisationen, da er ja nie gegen diese als solche gerichtet sein kann, eine spezielle Publizitätspflicht voraussetzen würde; so lässt sich doch z. B. ein Wucherpreis ohne weiteres als solcher erkennen, ob er nun wegen einer Kartellierung oder aus anderen Gründen gefordert wird. Das Kartellregister wird denn auch, wie sich gleich zeigen wird, aus ganz anderen Gründen gefordert. Lediglich soweit, als Kartelle

^{56a} Es ist nicht einzusehen, warum die Rechtsordnung das Recht des Einzelnen auf Wahrung seiner Geschäftsgeheimnisse, das sie doch zivilrechtlich schützt (Egger ZGB 28 N43), nicht auch gegenüber dem Staat schützen sollte, da doch die zivilrechtliche und die öffentlich-rechtliche Freiheit innerlich verwandt sind (Egger ZGB 28 N10).

⁵⁷ Fleiner/Giacometti 248, 304; Marti 84/5, 106/9, 160.

und ähnliche Organisationen auf Grund der Kartellbestimmung besonderen staatlichen Eingriffen, z. B. wirtschaftspolitischen Höchstpreisvorschriften ausgesetzt werden sollen, liesse sich eine spezielle Publizitätspflicht, wenigstens gegenüber einer Behörde, rechtfertigen, indem ja dann mindestens einmal bekannt sein müsste, in welchen Branchen die Preise überhaupt monopolistisch beeinflusst sind⁵⁸. Ein öffentliches Interesse kann eine wirtschaftliche Publizitätspflicht oft auch in dem Sinne rechtfertigen, dass diese direkt dem Schutze des Publikums dient; in diesen Fällen darf sie aber, soweit die HGF nicht aufgehoben ist, nur den Schutz polizeilicher Güter bezwecken. Das Publikum hätte nun zweifellos ein gewisses Interesse daran, über die monopolistischen Verflechtungen der Privatwirtschaft aufgeklärt zu werden; dieses Interesse steht jedoch in keinem Verhältnis zum Schaden, den die betroffenen Unternehmer, vor allem im Hinblick auf die Aussenseiter und Substitutionskonkurrenten, durch die Preisgabe ihrer Geschäftsgeheimnisse an die Öffentlichkeit (vgl. Entwurf Gysin Art. 11 II, III) erleiden würden, denn die Konsumenten könnten ja, da die Preisbeeinflussung, abgesehen vom Wucher erlaubt ist, gegen diese praktisch doch nichts vorkehren. Den Schutz des Publikums, den man sich vom Registerzwang, sowohl hinsichtlich der Aufklärung der zuständigen Behörden wie hinsichtlich der erweiterten Publizität zugunsten interessierter Privatpersonen und der Öffentlichkeit überhaupt, verspricht, hofft man in erster Linie insofern zu bewirken, als man glaubt, die Unternehmer würden aus Furcht, staatliche Interventionen zu provozieren, und mit Rücksicht auf die öffentliche Meinung von selbst darauf verzichten, allzu weit gehende monopolistische Bindungen einzugehen, wenn diese nicht geheim gehalten werden können⁵⁹. Es bleibe dahingestellt, ob diese Betrachtungsweise realistisch ist; sicher ist aber, dass der Registerzwang, wenn er auf diese Weise gerechtfertigt werden sollte, ganz eindeutig wirtschaftspolitischen Motiven entspringen würde und darum einen mit BV 31 I nicht vereinbaren Eingriff in die Unternehmerfreiheit darstellen würde. Auch auf Grund der Kartellbestimmung, das darf vorweggenommen werden, könnte ein Kartellregister nicht zu dem Zwecke errichtet werden, monopolistische Preisbindungen unter Ausnutzung der Scheu der Unternehmer vor Publizität ganz generell zu behindern, denn die Kartellbestimmung richtet sich nur gegen schädliche

⁵⁸ Vgl. Anm. 54; Tanner 56, 60.

⁵⁹ Vgl. Anm. 48a.

monopolistische Bestrebungen, nicht gegen die Preisbeeinflussung schlechthin. Es ergibt sich demnach, dass ein Kartellregister weder durch den Bund auf Grund von BV 31 bis II noch von den Kantonen im Sinne des Vorbehaltes gemäss BV 31 II errichtet werden kann; auch die zivilrechtliche Errichtung eines solchen Registers auf Grund von BV 64, in der Weise, dass die Sanktionen für die Verletzung der Eintragungspflicht ausschliesslich in der Nichtigkeit der Kartellvereinbarungen bestehen würde (vgl. Entwurf Gysin Art. 8 III, IV), kommt nicht in Frage, weil sich der Bundesgesetzgeber auch bei der Anwendung von BV 64 an den Grundsatz der HGF halten muss.

III. MONOPOLSTEUERN

Als besonders geeignetes staatliches Mittel zur Bekämpfung der monopolistischen Preisbeeinflussung wird oft — wiederum, wie beim Vorschlag auf Errichtung eines Kartellregisters, in der Meinung, es liessen sich dadurch direkte staatliche Eingriffe vermeiden — die Erhebung von Monopolsteuern empfohlen⁶⁰. Darunter sind in diesem Zusammenhang solche Steuern zu verstehen, deren Erhebung davon abhängig gemacht wird, dass die betroffene physische oder juristische Person einem Kartell oder einer ähnlichen Organisation angehört (oder diese selbst bildet), die also m. a. W. an den Tatbestand der organisatorischen monopolistischen Preisbildung anknüpfen. Eine Monopolsteuer kann entweder auf monopolistischen Gewinnen erhoben werden, sei es durch die Anwendung eines besonderen Steuersatzes im Rahmen einer allgemeinen Einkommenssteuer, sei es als besondere Monopolgewinnsteuer, oder sie kann den Umsatz der monopolistischen Unternehmen in besonderem Masse belasten, wobei es wiederum keine Rolle spielt, ob dies im Rahmen einer allgemeinen Umsatzsteuer oder nach besonderer Veranlagung geschieht; vorgeschlagen wurde ferner eine Fusionssteuer zur Erschwerung der Trustbildung, und denkbar wäre auch die Erhöhung von Gebühren speziell zu Lasten monopolistischer Unternehmer, z. B. im Zusammenhang mit dem Eintrag ins Handelsregister oder in ein Kartellregister (Monopolgemengesteuer). Eine Monopolsteuer stellt eine zusätzliche Belastung der privaten monopolistischen Erwerbstätigkeit dar; keine Monopolsteuer wird erhoben, wenn besonders hohe Geschäftsgewinne allgemein, um ihrer Höhe willen, und nicht nur im besonderen Fall der Marktbeherr-

⁶⁰ Haussmann, *Wirtschaftliche Konzentration* 273, 349 ff.

schung, um ihrer besonderen Entstehung willen, in relativ verstärktem Masse besteuert werden. z. B. in der Form einer progressiven allgemeinen Einkommens- oder Gewinnsteuer. Vom Standpunkt des Schutzes der Konsumenten aus gesehen erweist sich die Erhebung von Monopolsteuern bei näherer Betrachtung allerdings als ein Mittel von höchst zweifelhaftem Wert, denn angesichts der Marktbeherrschung, die ja bis zu einem gewissen Grade zum Begriff der Kartelle und der ähnlichen Organisationen gehört, werden die betroffenen Unternehmer meist in der Lage sein, die Steuer auf die Konsumenten abzuwälzen, oder sie können daraus entstehende Belastungen sogar durch Qualitätsverschlechterungen ausgleichen⁶¹; dies wenigstens solange, als die Monopolsteuer nicht eben doch durch direkte Eingriffe, insbesondere durch Höchstpreisvorschriften oder sogar durch eine Qualitätskontrolle, ergänzt wird. Prima facie könnte jedoch ein Vorschlag auf spezielle steuerliche Belastung der Monopolisten leicht populär werden, so dass stets mit dem — bis heute allerdings in der Schweiz offenbar noch nicht unternommenen — Versuch zu rechnen ist, entsprechende gesetzliche Bestimmungen zu erlassen. Es stellt sich darum, vorerst einmal für die Kantone, die Frage nach der Vereinbarkeit einer Monopolsteuer mit der HGF. Dabei dürfte kaum ein Zweifel darüber bestehen, dass eine Monopolsteuer dem Sinn der HGF widersprechen würde; denn es würde ihr — versteckt oder ausgesprochen — immer die wirtschaftspolitische Absicht zugrunde liegen, die privat-autonome Wirtschaftsgestaltung in ihren monopolistischen Formen zu hemmen oder zu verunmöglichen. Eine andere Rechtfertigung als eine wirtschaftspolitische liesse sich für sie gar nicht denken: insbesondere wäre es ausgeschlossen, für ihre Erhebung gemäss dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit die besondere Höhe der Gewinne geltend zu machen, die sich auf Grund eines Monopols erzielen lassen, denn erstens ist der besonderen Gewinnhöhe heute durch die Progression im Rahmen der allgemeinen Steuern weitgehend Rechnung getragen, und zweitens müsste der Hinweis auf besonders hohe Gewinne konsequenterweise zu ihrer allgemeinen Besteuerung führen und nicht zur besonderen fiskalischen Erfassung lediglich der monopolistischen Gewinne. Fraglich ist hingegen, ob und wie weit BV 31 I für die Steuergesetzgebung der Kantone überhaupt Geltung hat. Die Antwort hierauf erteilt BV 31 II, wonach die kantonale Besteuerung von Handel und

⁶¹ Lang 38/48, 59.

Gewerben den Grundsatz der HGF nicht beeinträchtigen darf⁶². Zu einer prinzipiellen Unterordnung der kantonalen Steuerhoheit unter BV 31 I müsste man aber auch gelangen, wenn sie durch die Bundesverfassung nicht ausdrücklich verlangt würde. Es ist nicht einzusehen, warum der Staat gerade als Steuergesetzgeber Eingriffe in die privatautonome Wirtschaftsgestaltung sollte vornehmen können, die ihm bei der Ausübung aller seiner übrigen hoheitlichen Funktionen verboten sind. Die Garantie der HGF wäre gegenstandslos, wenn sie nur für den Polizei- und Zivilgesetzgeber und nicht auch für den Steuergesetzgeber verbindlich wäre, denn durch eine entsprechende Gestaltung der Steuersätze könnte jede privatwirtschaftliche Tätigkeit zum Erliegen gebracht werden. Der Vorbehalt der HGF gegenüber der kantonalen Steuerhoheit gemäss BV 31 II erleidet nun aber — und darum wird er andererseits überhaupt erst notwendig — insofern eine Einschränkung, als die Kantone, indem sie zur «Besteuerung von Handel und Gewerben» besonders ermächtigt sind, die private Erwerbstätigkeit, insbesondere auch einzelne ihrer Zweige, über die allgemeinen Steuern hinaus zusätzlich fiskalisch belasten können. Diese Kompetenz, besondere Gewerbesteuern zu erheben, ist im Grunde eine wirtschaftspolitische, da sie den Kantonen u. a. erlaubt, einzelne Gewerbe ohne zwingende polizeiliche Gründe — diese müssten ja zu einem strikten Verbot führen — zugunsten anderer Erwerbszweige in ihrer Entwicklung zu hemmen. Die ausdrückliche Erwähnung des Vorbehaltes der HGF gegenüber der kantonalen Steuerhoheit gemäss BV 31 II hat demnach den Sinn, die systemwidrige wirtschaftspolitische kantonale Kompetenz zur besonderen Gewerbebesteuerung bis zu einem gewissen Grade einzuschränken, und zwar, nach der bisherigen Praxis, in dem Sinne, dass erstens eine prohibitive fiskalische Sonderbelastung der privaten Erwerbstätigkeit schlechthin und insbesondere einzelner Berufszweige ausgeschlossen ist, und dass zweitens eine Korrektur der Konkurrenzverhältnisse wohl zwischen, aber nicht innerhalb der einzelnen Branchen angestrebt werden darf⁶³. Damit verhindert aber der Vorbehalt der HGF gegenüber dem kantonalen Fiskus auch in seiner ein-

⁶² Vgl. für das folgende Burckhardt, Kommentar 246 ff.; Marti 233 ff. und die dort aufgeführte Literatur.

⁶³ Das BGer. hat allerdings das zweite Prinzip, nach dem innerhalb einer Branche nicht in die Konkurrenzverhältnisse eingegriffen werden darf, insofern durchbrochen, als es eine besondere Besteuerung des Ausverkaufes für zulässig erklärte; doch konnte eine Ausverkaufssteuer zur Not mit dem polizeilichen Argument begründet werden, die polizeiliche Ueberwachung bringe zusätzliche Aufwendungen mit sich; vgl. Nef, HGF 57.

geschränkten Bedeutung gemäss BV 31 II die Erhebung von Monopolsteuern. Erstens würde eine Monopolsteuer dadurch, dass mit ihr eine Korrektur der unter dem Schutze der HGF stehenden privatautonomen Wirtschaftsgestaltung im Sinne der freien Konkurrenz herbeigeführt werden soll, eine unzulässige wirtschaftspolitische Veränderung der Konkurrenzverhältnisse innerhalb der einzelnen Branchen, eine unzulässige Begünstigung der Aussenseiter bewirken. Zweitens könnte und dürfte sie ihren Zweck, nämlich die wirkungsvolle Bekämpfung der organisatorischen monopolistischen Preisbeeinflussung, angesichts des Verbots der prohibitiven Besteuerung eben gerade nicht erfüllen; wenn aus dem Grundsatz der HGF abgeleitet wird, dass die Ausübung eines *bestimmten Gewerbes* durch eine allfällige fiskalische Sonderbelastung nicht verunmöglicht werden darf, so muss dieses Verbot der prohibitiven Besteuerung analog auch der Verunmöglichung der Unternehmertätigkeit in einer *bestimmten Marktform*, eben der monopolistischen, entgegenstehen, denn so wie das Individualrecht auf private wirtschaftliche Betätigung in einer frei bestimmten Branche, so stellt auch das Individualrecht auf private Betätigung nach frei bestimmten Marktregeln einen unmittelbaren Ausfluss der HGF dar.

Was den Bund anbetrifft, ist es natürlich durchaus möglich, dass seine Steuerkompetenzen, die ja in der Bundesverfassung enthalten sein müssen und also BV 31 I formell gleichgeordnet sind, ein Abweichen von der HGF zulassen. Zu vermuten ist jedoch angesichts der prinzipiell allgemeinen Geltung der HGF das Gegenteil: insbesondere darf man nicht annehmen, durch die Einräumung einer Steuerkompetenz an sich könne der Bund die private Erwerbstätigkeit bereits in einer Weise einschränken, die dem Grundsatz der HGF widerspricht. Ein Abweichen vom Grundsatz der HGF auf Grund einer Bundessteuerkompetenz ist nur zulässig, wenn und soweit als sich eine entsprechende Interpretation aus besonderen Gründen aufdrängt: dies ist jedoch, vorläufig abgesehen von der Kartellbestimmung, hinsichtlich einer Monopolsteuer für keine augenblicklich geltende Bestimmung der Bundesverfassung der Fall.

An Stelle oder neben der Erhebung von Monopolsteuern wird zur Bekämpfung der privaten Monopolbildung oft auch die Einräumung von Steuererleichterungen speziell für Aussenseiter vorgeschlagen. Solche Steuererleichterungen sind unter dem Gesichtspunkt ihrer Vereinbarkeit mit der HGF den Monopolsteuern vollkommen gleichzustellen: sie bezwecken wie jene, auf dem Wege einer Differenzierung in der Steuer-

belastung eine Korrektur der Konkurrenzverhältnisse innerhalb der einzelnen Branchen herbeizuführen, und das eben ist es, was durch den Vorbehalt der HGF gegenüber der Steuergesetzgebung verhindert werden soll.

IV. AUSSENSEITERSUBVENTIONEN

Wie die Vorschläge auf Errichtung eines Kartellregisters und auf Erhebung von Monopolsteuern, so erklärt sich auch jener, nach dem die monopolistische Preisbeeinflussung durch die Förderung der Aussenseiter von Seiten des Staates mittelbar eingeschränkt werden soll, aus dem Bestreben, die Bekämpfung der privaten Monopole möglichst nach der sogenannten «indirekten Methode» durchzuführen, welche, so hofft man, eine ausgedehnte Polizeikontrolle unnötig machen würde⁶⁴. Eine Förderung der Aussenseiter liesse sich mit der HGF ohne weiteres vereinbaren, soweit sie in einer Bevorzugung bei der Vergebung öffentlicher Arbeiten besteht; wie sich noch näher zeigen wird⁶⁵, begünstigen jedoch die Submissionsvorschriften, bei deren Gestaltung der Staat nicht an die HGF gebunden ist, bis jetzt meist gerade die Kartelle und nicht die Aussenseiter. Der Vorschlag, das Aussenseitertum durch Steuererleichterung zu begünstigen, hat sich — abgesehen von den in der Kartellbestimmung enthaltenen Möglichkeiten — in Analogie zur Unvereinbarkeit einer Monopolsteuer mit der HGF soeben als undurchführbar erwiesen^{65a}. Unter den staatlichen Massnahmen zur Förderung von Aussenseitern, deren Verhältnis zur HGF hier — wiederum ohne Berücksichtigung der Kartellbestimmung — ganz allgemein abgeklärt werden soll, müsste man sich wohl vor allem Subventionen vorstellen, welche einem Aussenseiter z. B. ermöglichen könnten, einen Preiskampf durchzustehen. Staatliche Massnahmen zur Förderung der freien Erwerbstätigkeit sind ohne Zweifel wirtschaftspolitischer Natur; sie dienen nicht dem Schutz polizeilicher Güter, sondern wollen das Vermögen der einzelnen Unternehmer und letztlich — so sollte es wenigstens sein — das ganze Volksvermögen vermehren. Sie werden jedoch nicht als mit der HGF im Widerspruch stehend empfunden, da sie ja — so scheint es wenigstens — den einzelnen Unternehmer in seiner wirtschaftlichen Tätigkeit nicht einschränken.

⁶⁴ Haussmann, *Wirtschaftliche Konzentration* 49, 302, 315 ff.; Eggmann 164/7: Entwurf Gysin § 20 II.

⁶⁵ Vgl. unten S. 117/8.

^{65a} Vgl. oben S. 108.

sondern eben nur fördern wollen; sie werden darum als wirtschaftspolitische Massnahme im weiteren Sinne bezeichnet⁶⁶. Der Bund ist gemäss BV 31 bis II zur Förderung einzelner Wirtschaftszweige oder Berufe, insbesondere durch Ausrichtung von Subventionen, befugt, wobei er jedoch an den Grundsatz der HGF gebunden bleibt. Die gleiche Kompetenz steht, soweit der Bund von der seinigigen keinen Gebrauch macht, auch den Kantonen zu, da ja eben vorausgesetzt ist, dass die Förderung der freien Erwerbstätigkeit der HGF nicht widerspricht⁶⁷; die kantonale Kompetenz geht u. E. sogar noch weiter, indem gestützt auf sie, anders als gemäss BV 31 bis II, auch einzelne Unternehmer innerhalb einer Branche und nicht nur Berufe in ihrer Gesamtheit gefördert werden können, soweit eine solche Förderung nicht als willkürlich erscheint. Der Vorbehalt der HGF gegenüber staatlichen Wirtschaftsförderungsmassnahmen hat im Zusammenhang mit dem Problem der Bekämpfung privater Monopole vorerst einmal zur Folge, dass die staatliche Hilfe, welche den Aussenseitern gewährt werden soll, nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden kann, welche ihre wirtschaftliche Bewegungsfreiheit aus wirtschaftspolitischen Gründen einschränken⁶⁸. Die Einschränkung der HGF auf dem Umweg über Subventionsbedingungen liesse sich keineswegs damit rechtfertigen, dass die Unternehmer ihre wirtschaftliche Freiheit ja einfach durch den Verzicht auf die staatliche Unterstützung aufrecht erhalten könnten, denn mit Rücksicht auf die Notwendigkeit der Erhaltung seiner Konkurrenzfähigkeit wäre praktisch jeder Unternehmer gezwungen, eine staatliche Hilfe, die von seinen Konkurrenten beansprucht werden kann, selbst ebenfalls anzunehmen. Es könnte also ein Aussenseiter, dem eine Subvention ausgerichtet wird, nicht zugleich verpflichtet werden, in Zukunft gewisse Höchstpreise einzuhalten und sich keiner monopolistischen Organisation anzuschliessen; solche Verpflichtungen würden die HGF, d. h. hier die Preissetzungsfreiheit und die wirtschaftliche Koalitionsfreiheit des Aussenseiters verletzen. Nicht ohne einige Berechtigung könnte allerdings geltend gemacht werden, dass ein Verbot, die erwähnten Subventionsbedingungen aufzustellen, praktisch die Sicherung der bestimmungsgemässen Verwendung der Aussenseiter-subventionen verunmöglichen würde; dies wäre jedoch kein Argument

⁶⁶ Nef, HGF 39/40; Marti 155/7.

⁶⁷ Nef, HGF 40; Marti 156; StR-Kommission, Protokoll zur 5. Session vom 1. 3. 5. 39, 5/8.

⁶⁸ Marti 155/6.

für die Zulässigkeit solcher Bedingungen, sondern vielmehr, weil die Garantie der HGF der Kompetenz zur Wirtschaftsförderung vorgeht, ein Grund dafür, von der Subventionsgewährung an Aussenseiter abzusehen. Darüber hinaus stellt sich aber jetzt die Frage, ob die staatliche Förderung der Aussenseiter nicht an sich, auch wenn sie keine freiheitsbeschränkenden Verpflichtungen für die Begünstigten mit sich bringt, gegen die HGF verstösst, einfach darum, weil sie die private Monopolbildung, die doch unter dem Schutze von BV 31 I steht, faktisch verunmöglicht. Nun sollte man sich allerdings keiner Täuschung darüber hingeben, dass jede einem irgendwie beschränkten Kreis zugute kommende staatliche Wirtschaftsförderung für diejenigen, die von ihr ausgeschlossen sind, einen indirekten staatlichen Eingriff in die Erwerbsfreiheit bedeutet, da ja alle Wirtschaftssubjekte in einem engeren oder weiteren Konkurrenzverhältnis zueinander stehen und also jede nicht ganz allgemeine staatliche Wirtschaftsförderung, indem sie einige Bevorzugte begünstigt, den nicht begünstigten Unternehmer als eine Behinderung im Konkurrenzkampf erscheinen muss. Die staatliche Wirtschaftsförderung erweist sich also — was leider fast durchwegs übersehen wird — weitgehend als ein staatlicher Eingriff in die freie Unternehmertätigkeit mit umgekehrten Vorzeichen; so bringt die Gewährung von Subventionen an die Binnenwirtschaft eine Schrumpfung des Umsatzes der Importeure mit sich, die sich u. U. praktisch genau gleich wie eine direkte staatliche Einfuhrrestriktion auswirken kann; so richtet sich die Subventionierung des Süssmostes indirekt gegen die Produzenten der übrigen Getränke; so kann ferner, um ein Beispiel eines Eingriffs in die Konkurrenzfreiheit innerhalb einer Branche zu wählen, die kommunale Stützungsaktion zugunsten einer vom Zusammenbruch bedrohten Maschinenfabrik, auch wenn sie direkt nur die Erhaltung der Arbeitsplätze bezweckt, die Ausdehnung der übrigen, im Konkurrenzkampf sich behauptenden Maschinenfabriken verhindern. Aus dem Umstand, dass die Bundesverfassung auf Grund von Art. 31 bis II die staatliche Förderung einzelner Wirtschaftszweige zulässt, und zwar unbestrittenermassen in der Meinung, sie sei mit BV 31 I vereinbar, muss also geschlossen werden, dass die HGF die Unternehmer grundsätzlich nicht vor indirekten faktischen, mit der staatlichen Wirtschaftsförderung zusammenhängenden Einschränkungen ihrer Erwerbsfreiheit schützt. Andererseits kann es aber unmöglich der Sinn der Bundesverfassung sein, solche faktischen Eingriffe in die privatautonome Wirtschaftsgestaltungsfreiheit unbegrenzt zuzulassen,

denn dadurch würde die Garantie der HGF, die doch in BV 31 bis II ausdrücklich vorbehalten ist, praktisch illusorisch; es ist nicht einzusehen, warum z. B. die Einführung obligatorischer Berufsverbände mit Rücksicht auf BV 31 I verboten sein sollte, wenn sie der Staat einfach dadurch bewerkstelligen könnte, dass er den «freiwillig» beitretenden Unternehmern Subventionen ausrichtet und so die Konkurrenzfähigkeit der Aussenseiter in Frage stellt. Es kann hier so wenig wie bei der Gewerbebesteuerung angenommen werden, eine Beschränkung der HGF sei darum, weil sie nur faktischer und nicht rechtlicher Natur ist, von vornherein zulässig. Das Kriterium für die Unterscheidung der zulässigen faktischen Beschränkungen der Erwerbsfreiheit, die mit der staatlichen Wirtschaftsförderung notwendigerweise verbunden sind, von den unzulässigen, die eine Verletzung der HGF darstellen, besteht u. E. darin, dass die ersteren unbeabsichtigte, indirekte Nebenfolgen, die letzteren jedoch Selbstzweck, direkt beabsichtigte Auswirkungen der fraglichen staatlichen Förderungsmassnahmen sind. Auf Grund dieses Kriteriums ergibt sich ohne weiteres, dass die staatliche Unterstützung der Aussenseiter, deren Hauptzweck ja darin besteht, die durch BV 31 I geschützte private Monopolbildung zu verhindern, bundesverfassungswidrig ist. Für den Bund ergibt sich diese Verfassungswidrigkeit auch daraus, dass er nur zur Förderung ganzer Berufsgruppen, nicht aber zur Unterstützung einzelner Konkurrenten innerhalb einer Branche kompetent ist.

V. DIE KONKURRENZIERUNG DURCH STAATSBETRIEBE

Als indirekte Massnahme zur Bekämpfung der privaten monopolistischen Organisationen wurden neben der Förderung von privaten Aussenseitern auch die Erhaltung der Konkurrenz durch die Gründung von Staatsbetrieben vorgeschlagen⁶⁹. Für den Bund ist dieser Vorschlag wiederum unter dem Vorbehalt der in der Kartellbestimmung enthaltenen Befugnisse — undurchführbar, weniger im Hinblick auf die Garantie der HGF als vielmehr ganz einfach darum, weil er abgesehen von einigen Bundesmonopolen, die für die betreffenden Erwerbsgebiete eine private monopolistische Preisbeeinflussung gegen seinen Willen von vornherein ausschliessen, nur in bezug auf die Errichtung öffentlicher Werke (BV 31 I) zur eigenen wirtschaftlichen Betätigung als Produzent auf dem

⁶⁹ Bresciani-Turroni 180; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 341 ff.; Entwurf Gysin § 20 II; Motion Reinhard, Sten Bull NR 1933, 319 ff.

Markt kompetent ist; die öffentlichen Werke befinden sich aber fast ausschliesslich im Eigentum der öffentlichen Hand, sodass bei ihnen keine nennenswerte Gefahr privatmonopolistischer Missbräuche besteht. Auch für die Kantone ist die Befugnis zur Konkurrenzierung privater Monopole und der Privatwirtschaft überhaupt keineswegs von vornherein gegeben; sie hängt vielmehr, bundesrechtlich gesehen, davon ab, ob und wie weit die Kantone zur Errichtung von staatlichen *Monopolen* befugt sind⁷⁰. Das geht aus folgender Ueberlegung hervor: Der Staat kann bei seiner gewerblichen Tätigkeit, auch wenn sie scheinbar im Rahmen oder gerade zur Erhaltung der freien Konkurrenz erfolgt, seinen hoheitlichen Charakter nie verleugnen; er besitzt als Konkurrent der privaten Unternehmer von vornherein ein Uebergewicht, das sich z. B. in der Steuerfreiheit und im unverhältnismässig viel grösseren Kredit äussert. Der Zwang für die privaten Unternehmer, sich dem Verhalten eines Staatsbetriebes auf dem Markt, z. B. einer rigorosen Preissenkung von seiner Seite anzupassen, ist also im Grunde, obschon er scheinbar nur in den Marktgesetzen beruht, doch auf das Imperium, auf eine den Privaten von vornherein übergeordnete Macht zurückzuführen: der Ausübung eines solchen heteronomen Zwanges in der Wirtschaft steht aber, wenn sie aus wirtschaftspolitischen Gründen erfolgt, die Garantie der HGF entgegen. Dem gegenüber kann es keine Rolle spielen, ob die auf der staatlichen Macht beruhende Einschränkung der privaten Unternehmertätigkeit durch Staatsbetriebe faktischer oder rechtlicher Natur ist; dass dies auch die Meinung der Bundesverfassung ist, geht ja schon daraus hervor, dass sie auch die prohibitive Gewerbebesteuerung, die doch ebenfalls nur einen faktischen Eingriff in die Unternehmerfreiheit darstellt, nicht zulässt, ganz abgesehen davon, dass die Garantie der HGF, wenn sie nur vor rechtlichen und nicht auch vor faktischen Staatseingriffen schützen würde, von vornherein gegenstandslos wäre. Es muss deshalb davon ausgegangen werden, dass jede gewerbliche Betätigung des Staates, indem sie eine heteronome Beschränkung der freien Unternehmertätigkeit darstellt, dem Grundsatz der HGF widerspricht, sofern sie nicht anders als wirtschaftspolitisch begründet werden kann⁷¹; daraus folgt, dass die Kon-

⁷⁰ Burckhardt, Kommentar 227, 230; Marti 214/7; a. M. Fleiner/Giacometti, 302, Anm. 115, wo angenommen wird, die gewerbliche Betätigung des Staates verstosse nicht gegen BV 31 I und sei den Kantonen darum von vornherein erlaubt, wenn sie auch dem Sinn der HGF widerspreche.

⁷¹ Marti, a.a.O.

kurrenzierung privater monopolistischer Organisationen durch staatliche kantonale Betriebe nicht möglich ist, soweit BV 31 I keine Einschränkung erfährt. Eine solche Einschränkung zugunsten der Kantone besteht nun aber, indem BV 31 II gegenüber der HGF die kantonalen *Regalrechte* vorbehält⁷². Unter den Voraussetzungen, unter denen die Kantone einen Gewerbezug gänzlich verstaatlichen können, muss ihnen auch das Recht zuerkannt werden, sich in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft gewerblich zu betätigen⁷³. Die kantonale Kompetenz zur Errichtung von Monopolen geht sehr weit⁷⁴; jede Verstaatlichung, die nicht aus fiskalischen Gründen erfolgt, ist zulässig, sofern sie im öffentlichen Interesse liegt. Der Konkurrenzierung der privaten monopolistischen Organisationen durch kantonale Staatsbetriebe steht demnach von der Bundesverfassung aus gesehen praktisch nichts im Wege, denn die Senkung eines monopolistisch überhöhten Preisniveaus als Folge der wirtschaftlichen Betätigung des Staates kann wohl immer als eine Massnahme gerechtfertigt werden, die aus Gründen des öffentlichen Wohles erfolgt.

VI. SUBMISSIONSVORSCHRIFTEN

Oeffentlich-rechtliche Beschränkungen besonderer Art können für die Submissionskartelle aufgestellt werden, soweit der Staat Auftraggeber ist. Da der Staat den Submittenten gegenüber als Privatperson und nicht als Hoheitsträger auftritt, ist er bei der Umschreibung der Bedingungen, unter denen die Verwaltung die Aufträge zu vergeben hat, nicht an die HGF gebunden⁷⁵; in den Submissionsverordnungen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden könnte also ohne weiteres bestimmt werden, dass monopolistisch organisierte Bewerber nicht berücksichtigt oder Ausenseiter bevorzugt werden sollen. In praxi ist nun aber weitgehend vorgeesehen und als berechtigt anerkannt, dass Verbände auf die Eingaben Einfluss nehmen können; lediglich «illoyale» Preissteigerungen sucht man zu vermeiden⁷⁶. Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass die orga-

⁷² Nef, HGF 19/21; Fleiner/Giacometti 299, 301/2; Marti 213/4, 227 ff.; a. M. Burkhardt, Kommentar, 227/32, der annimmt, die Errichtung kantonaler Monopole sei mit der HGF von vornherein vereinbar, jedoch dann trotzdem die gleichen Schranken aufstellt wie die erwähnten übrigen Autoren und die Praxis.

⁷³ Vgl. Anm. 70; Fleiner/Giacometti 302.

⁷⁴ Fleiner/Giacometti 302.

⁷⁵ Truninger 71 ff.

⁷⁶ Truninger 29. Vgl. insb. die neuesten differenzierten Untersuchungen der Preisbildungskommission über die Konkurrenzverhältnisse im Baugewerbe, Sonderheft 57 der «Volkswirtschaft».

nisatorische monopolistische Preisbeeinflussung durch Submissionsverordnungen nur in jenen Wirtschaftszweigen wirksam verhindert werden könnte, in denen die Staatsaufträge im Verhältnis zur Gesamtnachfrage von massgebender Bedeutung sind; in allen andern Fällen ist die Stellung des Staates als Submissionar nicht stärker als die irgend eines anderen Konsumenten. Das Entgegenkommen der Submissionsverordnungen, mehr aber noch der Submissionspraxis gegenüber den Kartellen ist aber trotzdem in der Regel nicht als ein durch die Macht der Verhältnisse aufgezwungenes zu betrachten, sondern als ein Ausdruck bewusster verbandsfreundlicher Gewerbeschutpolitik ⁷⁷.

VII. ABBAU DES STAATSPROTEKTIONISMUS

Das «*ceterum censeo*» jeder Untersuchung über die Möglichkeiten des Bundes, Kartelle und ähnliche Organisationen zu bekämpfen, sollte dahingehen, in erster Linie jede Begünstigung der monopolistischen Preisbeeinflussung durch den Staatsprotektionismus zu vermeiden. Es wurde bereits festgestellt ⁷⁸, dass die private Monopolbildung nach der einheitlichen Meinung einer grossen Reihe kompetentester Autoren durch die staatlichen Handels- und Produktionsrestriktionen, die zum Schutze der binnenländischen Wirtschaft insgesamt oder einzelner Wirtschaftszweige aufgestellt werden, in ganz entscheidender Weise gefördert wird; es sei auch daran erinnert, dass das erste schweizerische Kartellgesetz, der BB betr. die Ueberwachung der Warenpreise vom 20. Juni 1936, Art. 1 III, gerade in der Erwägung erlassen wurde, dass die Gefahr missbräuchlicher monopolistischer Preissteigerungen durch die infolge der Wirtschaftskrise der dreissiger Jahre ergriffenen protektionistischen Massnahmen besonders akut geworden sei ⁷⁹. Diese Gefahr ist durch die weitgehende verfassungsrechtliche Verankerung des Staatsprotektionismus in den neuen Wirtschaftsartikeln noch verstärkt, die mit der Schaffung der Kartellbestimmung verfolgte Absicht also zugleich wieder durchkreuzt worden; bezeichnend ist in dieser Hinsicht die Entwicklung in der Uhrenbranche, wo der Erlass des neuen, nunmehr auf BV 31 bis IIIa gestützten Uhrenstatuts unverzüglich zu einer Intensivierung der Kartellierung geführt hat, so dass in der Tagespresse bereits die «Gefahren überspitzter

⁷⁷ Truninger 12.

⁷⁸ Vgl. oben S. 70.

⁷⁹ BB1 1935 I 540.

Monopolbestrebungen» signalisiert werden mussten⁸⁰. Die protektionistischen Massnahmen, welche die private Monopolbildung begünstigen oder sogar veranlassen, zeichnen sich alle dadurch aus, dass sie in Abweichung vom Prinzip der HGF durch staatlichen Zwang eine künstliche Beschränkung des Angebots herbeizuführen suchen; es ist vor allem an die in der Praxis — u. E. allerdings zu Unrecht — auf Grund der Zollartikel (BV 28/9) statuierten, wirtschaftspolitisch motivierten Einfuhrbeschränkungen zu denken⁸¹, an die Schutzzölle, an die Einfuhrkontingentierungen und -verbote, die Pflicht der Importeure zur Uebernahme von Inlandprodukten (Leistungssystem) usw., sowie an die auf Grund anderer wirtschaftspolitischer Bundeskompetenzen, wie insbesondere BV 31 bis III, zum Schutze einzelner Wirtschaftszweige erlassenen angebotsbeschränkenden Vorschriften, wie z. B. — abgesehen von den bereits erwähnten, hier verfassungsmässig einwandfrei begründeten Einschränkungen des Aussenhandels — an die mit einer Bedürfnisklausel oder mit dem Erfordernis der Beibringung eines Fähigkeitsausweises verbundene Bewilligungspflicht für Betriebserweiterungen und -eröffnungen. Alle diese Handels- und Produktionsrestriktionen sollten selbstverständlich nur mit der grössten Vorsicht eingeführt, das Publikum also vor der Gefahr privatmonopolistischer Missbräuche weitgehend praeventiv bewahrt werden; auch bei Aussenhandelssschranken, die nicht direkt aus protektionistischen, sondern aus fiskalischen (Fiskalzoll), aus verhandlungsstrategischen (Kampfzoll) oder aus währungspolitischen Gründen aufgestellt werden, sollte immer überlegt werden, ob die primär angestrebten Vorteile nicht durch die Nachteile aufgewogen werden, die aus der indirekten protektionistischen Wirkung entsprechender Massnahmen entstehen. Darüber hinaus ist aber eine Abschwächung der privatmonopolistischen Tendenzen auch durch eine Differenzierung in der Anwendung protektionistischer Vorschriften denkbar; in diese Richtung weist der Entwurf Gysin, der in § 20 I bestimmt: «Der Bundesrat ist befugt, ... die Einfuhrzölle auf Waren, deren Preise durch ... Kartelle oder Trusts überhöht sind, frei herabzusetzen.» Eine derartige Regelung, die natürlich nicht nur für die Schutzzölle, sondern in ähnlicher Weise auch für andere protektionistische Einschränkungen der HGF getroffen werden könnte,

⁸⁰ NZZ Nr. 579/1952. — Bezeichnend ist auch die jüngste Entwicklung im Tabakhandel, vgl. Schweiz. Handelszeitung 7/1953, S. 9.

⁸¹ Giacometti, Aussenhandel und Handels- und Gewerbefreiheit, in «Staat und Wirtschaft», Festg. Nawiaskey (St. Gallen 1950) 17 ff.; Marti 255 und die dort angeführte Literatur.

würde, indem sie für die geschützten Unternehmer die Gefahr der sofortigen automatischen Aufhebung des Schutzes mit sich bringt, monopolistische Missbräuche sicher in vielen Fällen verhindern können; verfassungsrechtliche Bedenken würde sie nur insofern erwecken, als sie in Konflikt mit dem Vorbehalt des Gesetzes geraten könnte. Zuzufolge des Prinzips des Vorbehaltes des Gesetzes⁸²,⁸³, müssten die Voraussetzungen, unter denen die Verwaltung die protektionistischen Vorschriften durch Verordnung lockern oder in der Anwendung suspendieren könnte, bereits im Kartellgesetz, resp. in den einzelnen protektionistischen Gesetzen selbst genau umschrieben werden; es würde z. B. nicht genügen, nur von überhöhten Preisen zu sprechen, sondern es müsste näher ausgeführt werden, was darunter zu verstehen ist. Es könnte der Verwaltung auch nicht, wie das im Entwurf Gysin geschieht, die freie Entscheidung darüber überlassen werden, ob und wie weit die Lockerung der Schutzvorschriften zu verordnen sei, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür einmal gegeben sind; ein freies Ermessen dieser Art würde die Rechtsgleichheit verletzen⁸⁴.

⁸² Fleiner/Giacometti 739 ff.; Marti 83/4.

⁸³ Vgl. die Ausführungen über das Verhältnis des Vorbehaltes des Gesetzes zur Zwangskartellierung, oben S. 49 ff.

⁸⁴ Ueber das Verhältnis der Kartellgesetzgebung zum Vorbehalt des Gesetzes vgl. § 6 B.

IV. Kapitel

Vorschriften über Kartelle und ähnliche Organisationen in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit

§ 6. Allgemeine Voraussetzungen für ein Abweichen von der Handels- und Gewerbefreiheit auf Grund von BV 31 bis III

A) Voraussetzungen materieller Natur

I. DIE VORAUSSETZUNG DER GRUNDSÄTZLICHEN GÜLTIGKEIT DER HANDELS- UND GWERBEFREIHEIT

Die Kartellbestimmung als *lex specialis* zu BV 31 I ist nur in jenen wirtschaftlichen Bereichen anwendbar, die der Gewerbefreiheit nicht infolge des Bestehens eines staatlichen Monopols, resp. eines darauf beruhenden Konzessionssystems von vornherein entzogen sind¹. Wenn also Monopolkonzessionäre den Wettbewerb, der zwischen ihnen entstanden ist, durch kartellmässige Vereinbarungen einschränken wollen, kann dagegen nur gestützt auf die Konzessionshoheit, nicht aber auf Grund der Kartellbestimmung eingeschritten werden; das könnte z. B. für die gewerbmässige Fischerei und Jägerei, für das Verkehrsgewerbe oder die Elektrizitätswirtschaft^{1a} von Bedeutung sein.

Gegenstandslos ist die Kartellbestimmung ferner hinsichtlich der in ihr enthaltenen Kompetenz zum Erlass von Höchstpreisvorschriften, soweit der Bund bereits auf Grund besonderer Bestimmungen zur Preisregelung ermächtigt ist, wie das z. B. auf Grund von BV 23 bis II in bezug auf das Brot der Fall ist; werden gestützt auf eine solche Bestimmung besondere Preisvorschriften erlassen, gehen sie den zufolge der Kartellbestimmung vorgeschriebenen Höchstpreisen als *leges speciales* vor². In diesem Zusammenhang ist weiter daran zu erinnern, dass die Kartellbestimmung keine Anwendung auf Zwangskartelle finden kann³.

¹ Giacometti, Die Verfassungswidrigkeit der ATO II, NZZ Nr. 315/1951; Marti 157/8.

^{1a} Hier erlaubt bereits Art. 10 des BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte eine gewisse Kontrolle.

² Ueber die polizeilich begründeten Höchstpreise vgl. oben S. 102/3.

³ Vgl. oben S. 48/9.

II. DAS GESAMTINTERESSE

Abweichungen vom Grundsatz der HGF gemäss BV 31 bis III sind nur zulässig, «wenn das Gesamtinteresse es rechtfertigt». Das bedeutet z. B., dass ein gesetzgeberischer Eingriff gegenüber einem Kartell oder einer ähnlichen Organisation nicht schon darum gerechtfertigt ist, weil er den unmittelbaren Interessen der Konsumenten dient, sondern dass vor seiner Vornahme vielmehr abgeklärt werden muss, ob nicht eine gewisse Preiserhöhung mit Rücksicht auf die damit verbundene Möglichkeit, in der betreffenden Branche eine Krise zu verhüten, in Kauf genommen werden muss. Die Pflicht, die Beurteilung der Schädlichkeit privater monopolistischer Bestrebungen nicht nur unter dem Gesichtspunkt der Interessen einer einzelnen Wirtschaftsgruppe vorzunehmen, sondern vielmehr zu einer Abwägung aller in Betracht fallenden, widerstrebenden wirtschaftlichen Interessen zu gelangen, ergibt sich allerdings bereits aus dem Begriff der volkswirtschaftlichen Schädlichkeit gemäss lit. d. Das Gesamtinteresse umfasst aber nicht nur das gesamtwirtschaftliche Interesse, wie es in BV 31 bis II umschrieben ist, sondern schlechthin alles, was unter dem Gesichtspunkt des Landeswohls als wertvoll erscheint, also auch ausserwirtschaftliche Interessen, insbesondere solche sozialer Natur⁴. Ein Kartell kann also auch dann, wenn seine Tätigkeit als volkswirtschaftlich unschädlich beurteilt wird, einschränkenden Bestimmungen unterworfen werden, z. B. darum, weil für seine Mitglieder ein gewisses Minimum an Unabhängigkeit, insbesondere in zeitlicher Hinsicht, als unerlässlich betrachtet wird. Die Möglichkeit der Berücksichtigung ausserwirtschaftlicher Interessen ergibt sich auch bereits aus lit. d, indem gegen Kartelle und ähnliche Organisationen auch im Falle sozialer Schädlichkeit vorgegangen werden kann. Die grosse Bedeutung des allgemeinen Erfordernisses der Berücksichtigung des Gesamtinteresses bei wirtschaftspolitischen Eingriffen liegt jedoch hinsichtlich der Kartellbestimmung darin, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, die sozialen und volkswirtschaftlichen Vor- und Nachteile der Kartelle und ähnlicher Organisationen gegeneinander abzuwägen, dass ein gesetzgeberischer Eingriff nicht schon darum gerechtfertigt ist, weil z. B. eine volkswirtschaftlich schädliche Kartellwirkung nachgewiesen ist, sondern dass vielmehr die volkswirt-

⁴ Schürmann 58; Fleiner/Giacometti 290; Marti 165/7; zu eng Botschaft 887, wo das Gesamtinteresse den «dauernden Interessen einer gesunden Wirtschaft» gleichgesetzt wurde.

schaftliche Schädlichkeit derart gross sein muss, dass dadurch eventuelle soziale Vorteile aufgewogen werden. So ist z. B. ein Kartell, das in einem Gewerbezug die Beibehaltung einer kleinbetrieblichen Struktur ermöglicht oder den bei rationellerer Produktion überflüssigen Arbeitskräften die Arbeitsplätze sichert oder für eine bei freier Konkurrenz benachteiligte Landesgegend ein Gewerbe erhalten hilft⁵, mit Rücksicht auf das Gesamtinteresse vielleicht zu schützen, obschon Ueberlegungen streng nationalökonomischer Natur seine Auflösung veranlassen müssten.

Gesetzgeberische Eingriffe gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen zum Schutze des Publikums lassen sich unter dem Gesichtspunkt des Gesamtinteresses nur rechtfertigen, soweit es sich um wichtige Bedarfsartikel handelt: für ausgesprochene Luxusgüter können unter Berufung auf die Kartellbestimmung keine Höchstpreise im Interesse der Konsumenten erlassen werden. Das Bundesgericht hat seit jeher besonders strenge Massstäbe für Kartelle angewandt, welche die Verteuerung «lebenswichtiger Nahrungsmittel» zum Ziele haben⁶. Die Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln nimmt an, dass sich eine Kontrolle monopolistischer Gebilde vor allem bei Erwerbszweigen aufdränge, «die für die Gesamtwirtschaft von entscheidender Bedeutung sind»⁷. Entscheidende Bedeutung für die Gesamtwirtschaft haben nur wichtige Bedarfsartikel, deren Preise die Höhe der Lebenskosten und damit des Lohn- und Produktionsniveaus wesentlich beeinflussen. Ueberhöhte Preise von Luxusgütern können für die schweizerische Volkswirtschaft nur insofern verhängnisvoll werden, als sie u. U. auf die Dauer den Export verunmöglichen. Nur in diesem Fall kann die Kartellbestimmung auch für sie anwendbar werden, jedoch dann eben nicht im Sinne des Schutzes der schweizerischen Konsumenten, sondern zum Zwecke der Exportförderung. Das Anwendungsgebiet der Kartellbestimmung erfährt dadurch praktisch von vornherein eine wesentliche Beschränkung. So ist die staatliche Bekämpfung privatmonopolistischer Bestrebungen z. B. gerade im Ernährungssektor, wo sie in erster Linie in Frage käme, heute praktisch ausgeschlossen, weil das Preisniveau der landwirtschaftlichen Produktion zurzeit weitgehend als zu tief eingeschätzt wird und darum sogar durch staatliche Intervention künstlich erhöht wird⁸.

⁵ Vgl. oben S. 64/6.

⁶ Feldmann 65; BGE 62 II 100.

⁷ Botschaft 839.

⁸ Marbach, Antimonopolistische Intervention 232.

Die Pflicht zur Berücksichtigung des Gesamtinteresses durch den Gesetzgeber erscheint als eine Selbstverständlichkeit, denn alles, was im Namen des Staates, der *res publica* vorgekehrt wird, sollte per definitionem auf die Wahrung des Gemeinwohls gerichtet sein. Trotzdem ist aber der ausdrückliche Hinweis darauf, dass Abweichungen vom Grundsatz der HGF im Gesamtinteresse erfolgen müssen, juristisch keineswegs bedeutungslos. Er hat vielmehr zur Folge, dass die Bestimmung dessen, was im Gesamtinteresse liegt, nicht dem freien Ermessen des Gesetzgebers anheimgestellt ist, sondern Anwendung positiven Rechtes darstellt, was bedeutet, dass grundsätzlich durch ein Gericht überprüft werden könnte, ob der fragliche, vom Grundsatz der HGF abweichende Erlass dem Gesamtinteresse entspreche⁹. Die richterliche Ueberprüfung der wirtschaftspolitischen Bundeserlasse auf ihre Uebereinstimmung mit dem Gesamtinteresse wird nun allerdings mit dem Hinweis auf die inhaltliche Unbestimmtheit dieses Begriffs¹⁰ abgelehnt¹¹. Diese Ablehnung ist aber nicht recht zu verstehen, wenn man bedenkt, dass das Bundesgericht ja auch heute schon in vielen Fällen auf Grund von Generalklauseln urteilt¹²: es ist nicht einzusehen, warum ein Gesetz nicht auf seine Uebereinstimmung mit dem Gesamtinteresse überprüft werden könnte, wohl aber — wie es im Hinblick auf BV 4 für kantonale Erlasse tatsächlich geschieht — darauf, ob es nicht an tatsächliche Verschiedenheiten, «die nach anerkannten Grundsätzen der Rechts- und Staatsordnung für das betreffende Verhältnis unerheblich sind»¹³, rechtliche Ungleichheiten knüpfe.

Uebrigens ist der Begriff des Gesamtinteresses keineswegs derart weitmaschig, wie das auf Grund des Wortlautes angenommen werden könnte. Einereits lässt sich, wie das Beispiel der Beschränkung der Kompetenz zur Kartellgesetzgebung auf wichtige wirtschaftliche Güter zeigt, bereits aus den Materialien eine gewisse Begrenzung herauslesen; andererseits ergeben sich aus der systematischen Interpretation, aus der Berücksichtigung der Wertordnung der Bundesverfassung einige Präzisierungen. So kann es sicher nicht im Gesamtinteresse im Sinne der Bundesverfassung liegen, ein Kartell zu verbieten, das — allerdings um den Preis einer gewissen Lebensverteuerung — die Erhaltung der Verdienstmöglichkeit

⁹ Wackernagel 243/56; a. M. Huber, Staatsrecht des Interventionismus 192.

¹⁰ Fleiner/Giacometti 290/1.

¹¹ Vgl. dazu Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit 202.

¹² Nef, a.a.O., 200/4.

¹³ Imboden, Der Schutz vor staatlicher Willkür (Zürich 1945) 12 Anm. 15.

für eine Landesgegend gewährleistet, wenn andererseits auf Grund von BV 31 bis III c für dasselbe Ziel ebenfalls ein Abweichen vom System der freien Konkurrenz in Aussicht genommen ist. Die Verwirklichung des neoliberalen Postulats, dass monopolistische Unternehmerzusammenschlüsse im Gesamtinteresse ganz generell zu verbieten seien, weil die Volkswohlfahrt durch jede Beschränkung der freien Konkurrenz beeinträchtigt werde, lässt sich also schon mit dem Begriff des Gesamtinteresses im Sinne der Bundesverfassung (abgesehen von der besonderen grundsätzlichen Anerkennung der Kartelle und ähnlicher Organisationen durch die Kartellbestimmung) nicht vereinbaren, weil der Verfassungsgesetzgeber durch die Revision der Wirtschaftsartikel die freie Konkurrenz als allgemein gültiges Wirtschaftssystem selbst in Frage gestellt hat.

III. DAS ABWEICHEN VOM GRUNDSATZ DER HANDELS- UND GEWERBEFREIHEIT ALS ULTIMA RATIO

Gemäss BV 31 bis III darf beim Erlass von Vorschriften gegen schädliche Wirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen nur «nötigenfalls» von der HGF abgewichen werden¹⁴. Damit wird die Subsidiarität der systemwidrigen wirtschaftspolitischen Bundeskompetenzen des Kernartikels der neuen Wirtschaftsartikel unterstrichen¹⁵; ein Abweichen von der HGF ist nur dann zulässig, wenn das Gesamtinteresse nicht unter Aufrechterhaltung dieses Freiheitsrechts gewahrt werden kann¹⁶. Für die Kartellbestimmung ist das Prinzip der Subsidiarität hauptsächlich wegen der Möglichkeit wichtig, der privaten Monopolbildung durch den Abbau des Staatsprotektionismus die Grundlage zu entziehen¹⁷.

¹⁴ Giacometti (Der neue Notrechtsartikel der Bundesverfassung (BV 89 bis III), SJZ 46 [1950] 85) bezeichnet darum BV 31 bis III als eine Notstandskompetenz, während Schürmann (58) die Anwendung dieses Artikels als eine ultima ratio auffasst.

¹⁵ Sten Bull NR 1938, 351 (Nietlispatch).

¹⁶ Marti 167. Das Prinzip der Subsidiarität, von dem hier die Rede ist, ist nicht identisch mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit; a. M. Huber, Staatsrecht des Interventionismus 186. Der gewerbepolizeiliche oder wirtschaftspolitische Eingriff i.w.S., dem wegen des Grundsatzes der Subsidiarität der Vorrang gebührt vor einem wirtschaftspolitischen Eingriff gemäss BV 31 bis III, kann theoretisch die faktische Unternehmerfreiheit ebenso stark einschränken wie der letztere und wäre also unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit gleich zu beurteilen wie dieser.

¹⁷ Vgl. oben S. 118/20.

B) Voraussetzungen formeller Natur¹⁸

I. DER VORBEHALT DES GESETZES UND DES RECHTSSATZES IM ALLGEMEINEN

Vorschriften gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen dürfen gemäss BV 32 I nur in der Form eines Bundesgesetzes oder eines dem fakultativen Referendum unterstellten Bundesbeschlusses, d. h. eines allgemeinverbindlichen Bundesbeschlusses im Sinne von BV 89 II¹⁹ erlassen werden^{19a}. Der Vorbehalt des Gesetzes in dem Sinne, dass Bundesrechtssätze i. e. S.²⁰) grundsätzlich von der Bundesversammlung aufgestellt und dem fakultativen Referendum unterstellt sein müssen, gilt aber nicht nur für das von BV 32 I betroffene Gebiet der Wirtschaft, sondern gemäss BV 85 Zif. 2 (Grundsatz der objektiven Gewaltenteilung) und BV 89 II (Prinzip der Volkssouveränität) ganz allgemein²¹. Der Vorbehalt des Gesetzes schliesst eine Kartellgesetzgebung in der Form eines sogenannten Blankett- oder Ermächtigungsgesetzes aus²². Ein Kartellgesetz darf sich nicht darauf beschränken, den Bundesrat oder eine ihm untergeordnete Amtsstelle, z. B. ein Kartellamt oder eine Preiskontrollstelle, zu ermächtigen, nach eigenem Ermessen Vorschriften gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen zu erlassen: eine solche Ermächtigung oder Gesetzesdelegation würde, indem sie die Rechtssetzung vom Souverän und von der Bundesversammlung auf die Verwaltung überträgt, das Prinzip der Gesetzgebung unter Zustimmung des Volkes gemäss BV 89 II und den Grundsatz der objektiven Gewaltentrennung gemäss BV 85 Zif. 2 verletzen²³. Ein Blankettgesetz ist selbstverständlich auch dann verfassungs-

¹⁸ Vgl. zum folgenden die Ausführungen über das Verhältnis der Zwangskartellierung zum Vorbehalt des Gesetzes, oben S. 49/51.

¹⁹ Ueber den allgemeinverbindlichen BB als eine dem BG ebenbürtige Rechtssetzungsnorm vgl. Fleiner/Giacometti 742/7.

^{19a} Vorbehalten bleibt die Dringlicherklärung, die jedoch für ein Kartellgesetz kaum je in Frage kommt und übrigens angesichts von BV 89 bis II viel von ihrer Bedeutung verloren hat.

²⁰ Um solche, d. h. um generelle abstrakte Vorschriften, welche die Privaten verpflichten (vgl. Burkhardt, Methode 158/66; Fleiner/Giacometti 739), handelt es sich bei den Vorschriften, welche die private Monopolbildung unterbinden, ohne Zweifel.

²¹ Fleiner/Giacometti 738/40; Nef, HGF 47; Marti 83/4.

²² Fleiner/Giacometti 794/804; Kaufmann, Verfassung, Gesetz und Verordnung 10, 12; derselb., Die revidierten Wirtschaftsartikel 36, 38; Eichenberger 77/8; Nef, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit 173a.

²³ Fleiner/Giacometti 800/1.

widrig, wenn es die Gültigkeit der von der Verwaltung erlassenen, gesetzesvertretenden Verordnungen von der Genehmigung durch die Bundesversammlung abhängig macht oder eine Verordnungskompetenz zwar nicht zugunsten der Verwaltung, aber zugunsten der Bundesversammlung vorsieht²⁴; in diesen Fällen ist zumindest BV 89 II verletzt, indem wiederum Rechtssätze aufgestellt werden, ohne dass der Stimmbürger zu ihrem Inhalt Stellung nehmen könnte²⁵. Der Bundesgesetzgeber kommt also zufolge des Vorbehaltes des Gesetzes nicht darum herum, eine materielle Regelung zur Verhinderung monopolistischer Missbräuche wenigstens in den Grundzügen im Gesetz selbst zu treffen. Andererseits ist es aber nicht ausgeschlossen, dass die in einem Kartellgesetze enthaltene materielle Regelung durch Rechtssätze der Bundesverwaltung näher ausgeführt wird; solche sekundäre, die Ausführungsgesetzgebung zur Kartellbestimmung nicht ersetzende oder gar abändernde, sondern näher umschreibende Vorschriften dienen der Gesetzesvollziehung und lassen sich darum auf BV 105 Zif. 2 stützen²⁶. Es ist also möglich, dass ein Kartellgesetz den Erlass einer Vollziehungsverordnung im Sinne einer an die Privaten gerichteten Rechtsverordnung durch den Bundesrat oder, gemäss BV 103 II, durch eine ihm untergeordnete Amtsstelle vorsieht, wobei es sich aber eben immer nur um eine sekundäre und nicht um eine gesetzesvertretende Rechtssetzung handeln kann.

Beschränkungen der freien Monopolbildung durch Verfügungen und Urteile sind nur nach Massgabe entsprechender Rechtssätze zulässig. Der Vorbehalt des Rechtssatzes gegenüber Kartellpolitischen staatlichen Eingriffen konkreter Natur beruht auf der fundamentalen rechtsstaatlichen Forderung nach der Bindung der Staatsorgane durch Rechtsregeln, auf dem Legalitätsprinzip²⁷. Er ist in der Kartellbestimmung ausdrücklich verankert, indem diese den Bund unmittelbar nur zum Erlass von «Vorschriften» berechtigt; ferner ist er im Vorbehalt des Gesetzes gemäss BV 32 I enthalten²⁸. Dem Legalitätsprinzip ist nun aber nicht schon dadurch Genüge getan, dass die Verwaltung oder der Richter ganz allgemein zu konkreten Eingriffen gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen ermächtigt wird, sondern es verlangt viel-

²⁴ Fleiner/Giacometti 797/9; Sten Bull NR 1951, 71/82; StR 1951, 250; als Beispiel diene Art. 26 des Landwirtschaftsgesetzes.

²⁵ Fleiner/Giacometti 808, Anm. 14.

²⁶ Fleiner/Giacometti 801/4.

²⁷ Burckhardt, Methode 214; Nef, a.a.O., 135a/7a; Fleiner/Giacometti 247; Marti 83.

²⁸ Fleiner/Giacometti 247, Anm. 33.

mehr, «dass das Gesetz (vorerst im materiellen, zufolge des Vorbehaltes des Gesetzes dann aber auch im formellen Sinne) nach Möglichkeit inhaltlich genau und eindeutig bestimmt, unter welchen Voraussetzungen, nach welchem Verfahren und mit welchem Ergebnis die einzelnen Verwaltungsakte vorzunehmen (resp. die Gerichtsurteile auszusprechen) seien...²⁹». Wenn das Gesetz gemäss den Grundsätzen der Gewaltenteilung und der Volkssouveränität — die ja ebenfalls dem Rechtsstaatsgedanken entspringen und also im Interesse der Freiheit des Bürgers aufgestellt wurden — für den Vollzug in der abstrakten Form, für den Erlass von Rechtsverordnungen, bereits selbst primäre materielle Regeln aufstellen muss, so lassen es rechtsstaatliche Ueberlegungen noch als viel dringlicher erscheinen, dass Verwaltung und Justiz auch bei ihren konkreten Entscheidungen nicht nur auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung handeln, sondern an eine grundsätzliche materielle Regelung gebunden sind³⁰. Was hätte es für einen Sinn, zu verlangen, dass die Voraussetzungen gesetzlich genau umschrieben sein müssen, unter denen ein sofortiges Kündigungsrecht für Kartellmitglieder verordnet werden kann, wenn andererseits die unmittelbare Auflösung des Kartells nach freiem Ermessen verfügt werden dürfte? Die Unternehmer, die ein Kartell gründen wollen, müssen zum voraus feststellen können, was erlaubt ist und was nicht; die «Objektivierung des Herrscherwillens», die sich der Rechtsstaat zur Aufgabe macht, lässt sich nur verwirklichen, «wenn der überwiegende Teil der Ausübung der Staatsgewalt berechenbar gestaltet wird³¹». Ganz besonders zu beachten ist, dass eine wirkungsvolle richterliche Ueberprüfung konkreter Staatsakte weitgehend davon abhängig ist, dass Verwaltung und Richter an genügend präzise Rechtsvorschriften gebunden sind^{32, 32a}.

²⁹ Wackernagel 244; Nef, a.a.O., 137a; Marti 83; Huber, Staatsrecht des Interventionismus 184/5.

³⁰ Dass die konkreten staatlichen Eingriffe einer materiellen, und nicht nur einer formellen, lediglich die Zuständigkeit regelnden gesetzlichen Grundlage bedürfen, betont insbesondere auch Giacometti (Fleiner/Giacometti 247, Anm. 37).

³¹ Huber, Staatsrecht des Interventionismus 185; vgl. auch die Einleitung, oben S. 19.

³² Nef, a.a.O.; Huber, a.a.O.

^{32a} Der Grundsatz der Berechenbarkeit des Rechts verlangt aber nicht nur, dass Rechtssätze aufgestellt werden, sondern diese müssen zudem genügend bekannt gemacht, d. h. in der offiziellen Gesetzessammlung veröffentlicht werden; und zwar gilt dies auch für Höchstpreisvorschriften, die lediglich für eine einzelne Branche gelten. Massgebend für die Pflicht zur Veröffentlichung von Bundesrechtssätzen i.e.S. sind Art. 32/6 des Geschäftsverkehrsgesetzes und Art. 4/9

II. FORMELLE VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE KARTELLGESETZGEBUNG IM BESONDEREN

Die Gefahr, dass das Legalitätsprinzip im allgemeinen und das Prinzip des Vorbehaltes des Gesetzes im besonderen verletzt werden, ist im Wirtschaftsrecht besonders gross³³. Schon das Wirtschaftsverfassungsrecht ist durch eine «sehr allgemein gefasste, weitmaschige, vieldeutige» Begriffsumschreibung gekennzeichnet³⁴. Bundesrat Obrecht nahm im Schosse der nationalrätlichen Kommission zum Einwand, die neuen Wirtschaftsartikel ermangelten der Präzision des Ausdrucks, bezeichnenderweise mit der Erklärung Stellung, die mangelnde Präzision ergebe sich «aus der Natur der Sache»³⁵. Sein Sohn wandte als Kommissionsreferent für das Landwirtschaftsgesetz den gleichen Gedanken auch auf das Wirtschaftsengesetzrecht an, indem er ausführte: «Um Ermessensvorschriften und juristisch farblose Umschreibungen kommt man bei einer solchen Materie einfach nicht herum»³⁶. Es lässt sich leicht denken, dass eine ähnliche Erklärung auch im Zusammenhang mit einem Kartellgesetz abgegeben würde. Haussmann kann sich eine Kartellgesetzgebung nur in der Form eines Blankettgesetzes vorstellen³⁷, und der gleichen Ansicht ist Marbach³⁸; auch Tanner nimmt in Kauf, dass man sich gegenüber den Kartellen und ähnlichen Organisationen «auf den Erlass eines blossen Ermächtigungsgesetzes beschränkt»³⁹. Dies ist nun aber eben gerade nicht zulässig. Die der Bundesverfassung zugrunde liegenden rechtsstaatlichen Prinzipien fordern eine materielle Regelung der kartellpolitischen Fragen wenigstens in den Grundzügen durch das Gesetz selbst, und zwar auch dann, das kann nicht genug betont werden, wenn es sich als richtig erweisen sollte, dass eine Bekämpfung privatmonopolistischer Missbräuche in Befolgung

des BG über die Rechtskraft der bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848—1947 und über die neue Reihe der Sammlung vom 12. 3. 48. Vgl. darüber Fleiner/Giacometti 773/4; Geiger, Zur Frage des Veröffentlichung und des Inkrafttretens bundesrechtlicher Erlasse, SJZ 48 (1952) 56 ff. Hinsichtlich des Erfordernisses der genügenden Veröffentlichung wurde von der Praxis vor allem auch — was für das Kartellrecht besonders wichtig ist — beim Erlass von Höchstpreisvorschriften gesündigt; vgl. Geiger, a.a.O., 59.

³³ Kaufmann, Verfassung, Gesetz und Verordnung 12, 17; Huber, Das Staatsrecht des Interventionismus 192; vgl. ferner die Einleitung, oben S. 18/9.

³⁴ Fleiner/Giacometti 290.

³⁵ Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 8.

³⁶ Sten Bull NR 1951, 5.

³⁷ Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 371/4.

³⁸ Marbach, Antimonopolistische Intervention 223, 233.

³⁹ Tanner 104.

allgemeiner, zum voraus festgelegter Richtlinien weniger wirksam wäre als eine Intervention von Fall zu Fall, ohne jede Bindung an generell-abstrakte Normen. Das unerlässliche Minimum gesetzlicher Fixierung hinsichtlich der staatlichen Kartellpolitik besteht darin, dass die verschiedenen Arten von Massnahmen, die gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen von der Verwaltung ergriffen werden können, im Kartellgesetz einzeln und abschliessend aufgezählt werden. Es darf nicht — etwa in Analogie zu Art. 26 I a des Landwirtschaftsgesetzes — einfach gesagt werden, der Bundesrat oder das Kartellamt könne «Verordnungen und Verfügungen gegen schädliche Auswirkungen ... u. s. w.» erlassen, sondern es muss ausdrücklich bestimmt werden, dass Höchstpreisvorschriften zu erlassen sind, dass die Statuierung eines Kontrahierungszwanges oder eines sofortigen Kündigungsrechts vorgenommen werden darf. Aber auch die Voraussetzungen, unter denen die staatliche Intervention erfolgen soll, müssen gesetzlich näher umschrieben sein. Es sei an die im 2. Kapitel gemachte Feststellung erinnert ¹⁰, dass die Schädlichkeit von Kartellen und ähnlichen Organisationen von sehr verschiedenen Standpunkten aus beurteilt werden kann; am Gesetzgeber, und nicht an den Vollzugsorganen ist es nun, den massgebenden Standpunkt festzulegen, und zwar ausdrücklich. Man kann zwar nicht verlangen, dass im Kartellgesetze selbst Höchstpreise als solche angegeben seien; eine rechtsstaatliche Notwendigkeit ist es aber z. B., dass gesetzlich wenigstens bestimmt wird, ob für die Höchstpreisberechnung die Durchschnittskosten der Branche oder die Kosten der schwächsten, relativ unrationell arbeitenden Unternehmer massgebend sein sollen ^{10a}. Die den rechtsstaatlichen Postulaten am ehesten entsprechende Lösung würde jedoch wohl darin bestehen, dass nicht ein allgemeines Ausführungsgesetz zur Kartellbestimmung erlassen würde, sondern nur einzelne, selbstverständlich dem Referendum unterstellte Statute geschaffen würden, die auf bestimmte, besondere Missstände aufweisende Branchen Bezug nehmen ¹¹; da der Gesetzgeber bei diesem

¹⁰ Vgl. oben S. 66/7.

^{10a} Wie gross die Gefahr der Missachtung rechtsstaatlicher Gebote gerade auf dem Gebiete des Preiskontrollrechts ist, ergibt sich aus der Untersuchung Im Hof: Ein Streifzug durch die Praxis der kriegswirtschaftlichen Strafgerichte aus der Zeit des Zweiten Weltkrieges, «Wirtschaft und Recht» 3 (1951) 321 ff. Als Beispiele können die in den krisenrechtlichen Preiskontrollerlassen enthaltenen Bestimmungen über die Kartellierung herangezogen werden, deren Präzision vollkommen ungenügend ist; vgl. oben S. 13/4.

¹¹ Einen Hinweis auf diese Möglichkeit enthielt das Referat Kaufmanns über die amerikanische Antitrustgesetzgebung; NZZ Nr. 365/1952.

Vorgehen konkrete volkswirtschaftliche Tatbestände vor Augen hätte, könnte er genau umschreiben, was er als schädliche Auswirkung des betreffenden Kartells oder der betreffenden ähnlichen Organisation betrachtet und könnte er die Kompetenz der Verwaltung von vornherein auf eine ganz bestimmte Art der Intervention, die im speziellen Fall als besonders angemessen erscheint, beschränken. Sollte sich z. B. die Ansicht durchsetzen, dass der Kundenschutzvertrag in der Bierbranche eine zu weitgehende Abhängigkeit der Wirte von einzelnen Brauereien bewirke und die Konsumenten eines bestimmten Gebietes infolgedessen ungerechtfertigterweise auf ein einziges, qualitativ vielleicht nicht befriedigendes Produkt angewiesen seien, und möchte man darum die Ungültigkeit dieses Vertrages und unter gewissen Voraussetzungen auch eine Lieferpflicht statuieren ^{11a}, so soll diese Regelung in einem besonderen, sich auf die Bierbranche beschränkenden gesetzlichen Erlass getroffen werden, damit der Stimmbürger zu der für ihn ganz konkreten Frage des Bierausschanks Stellung nehmen kann und nicht gezwungen ist, die Verwaltung ganz allgemein zur Einführung z. B. eines Kontrahierungszwanges zu ermächtigen, u. U. mit Wirkung für Branchen, für die er, wenn er sie ihrerseits im Zusammenhang mit speziellen Gesetzesentwürfen für sich allein, in concreto beurteilen könnte, der Errichtung eines solchen Zwanges nicht zustimmen möchte ^{11b}. Die Aufteilung der Kartellgesetzgebung auf einzelne, branchengebundene Statute könnte nur insofern Bedenken erwecken, als dadurch die Gefahr rechtsungleicher Behandlung verschiedener Wirtschaftszweige wachsen würde, weil der Gesetzgeber für einzelne monopolistische Wirtschaftszweige eventuell z. B. keine Höchstpreisvorschriften aufstellen würde, obschon die in ihrem Bereich erzielten Gewinne vielleicht ebenfalls, wie in einer anderen Branche, eine maximale Begrenzung erforderten; dieser Nachteil, welcher der wirtschaftspolitischen Gesetzgebung auf Grund von BV 31 bis III ganz all-

^{11a} Das Beispiel ist allerdings insofern schlecht gewählt, als ein antimonopolistischer Eingriff des Staates in das Brauereigewerbe m. E. kaum durch das Gesamtinteresse gerechtfertigt wäre; vgl. oben S. 123.

^{11b} Lehrreich ist in dieser Beziehung das Schicksal des Vorentwurfes zu einem allgemeinen Gesetz über den obligatorischen Fähigkeitsausweis im Gewerbe, dem entgegengehalten wurde, er umschreibe die Voraussetzungen für die Unterstellung der einzelnen Branchen nicht genau genug, seine konkreten Auswirkungen liessen sich nicht absehen, mit dem Ergebnis, dass sich der endgültige Entwurf nur noch auf einzelne, besonders gefährdete Berufe bezieht; vgl. Botschaft zum Entwurf eines BG über den Fähigkeitsausweis im Schuhmacher-, Coiffeur-, Sattler- und Wagnergewerbe vom 11. 7. 52, BBl 1952 II 462.

gemein inhärent ist ⁴² und welcher sich auch bei einem allgemeinen Kartellgesetz schon aus dem praktischen Grund der ungenügenden Kontrolle nicht vermeiden liesse ⁴³, wiegt jedoch den Vorteil einer präzisen gesetzlichen Regelung kaum auf.

Kartellgesetze im Sinn von branchengebundenen Statuten und Verordnungen, welche bereits stillschweigend oder ausdrücklich eine Entscheidung darüber enthalten, dass eine wirtschaftliche Organisation ein Kartell oder kartellähnlich sei, sollten befristet werden ⁴⁴, denn die Voraussetzung, welche erfüllt sein muss, dass für eine Branche gestützt auf die Kartellbestimmung z.B. Höchstpreisvorschriften erlassen werden dürfen, dass nämlich überhaupt ein Kartell oder eine ähnliche Organisation besteht, kann sehr schnell wieder dahinfallen. Die Befristung ist insbesondere wichtig, weil dadurch im Zusammenhang mit einer eventuellen selbständigen repressiven Verfassungsgerichtsbarkeit von Zeit zu Zeit neu geprüft werden könnte, ob der Gesetzgeber die im Kartellbegriff enthaltenen Schranken für die wirtschaftliche Intervention eingehalten hat.

III. DER RECHTSSCHUTZ

Ein Kartellgesetz trägt dem Legalitätsprinzip nur insofern voll Rechnung, als es für die von ihm betroffenen Unternehmer und wirtschaftlichen Organisationen einen Rechtsschutz im Sinne einer richterlichen Ueberprüfung seiner Uebereinstimmung mit der Kartellbestimmung, der gegen Kartelle und ähnliche Organisationen gerichteten Verordnungen auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit und der auf dem Kartellgesetz und den entsprechenden Verordnungen beruhenden Urteile und Verfügungen auf ihre Rechtmässigkeit vorsieht ⁴⁵. Soweit die Anwendung des Kartellgesetzes dem Zivil- oder Strafrichter anvertraut wird, stellt der Rechtsschutz bezüglich der im konkreten Fall erfolgenden Eingriffe in die wirtschaftliche Organisationsfreiheit keine besonderen Probleme. Das vordringlichste Postulat besteht auf Grund der gegenwärtigen Verfassungslage darin, die gegen Kartelle und ähnliche Organisationen, resp. ihre Mitglieder gerichteten Bundesverwaltungsverfügungen im Sinne von OG 100 der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterstellen ^{45a}. Wenn z. B. ein

⁴² Marti 158/60.

⁴³ Vgl. z. B. den Entwurf Gysin, wo es immer wieder heisst: der BR «kann» unter diesen oder jenen Voraussetzungen Massnahmen treffen; ferner Im Hof, a.a.O.

⁴⁴ Marti 178.

⁴⁵ Nef, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit 135a/8a.

^{45a} Ueber das Ungenügen einer verwaltungsinternen Verwaltungspflege vgl.

Kartellamt eine Kartellvereinbarung für unverbindlich erklären kann, soll es der Kartelleitung möglich sein, eine entsprechende Verfügung vor dem Bundesgericht anzufechten, soweit sie sich nicht an den gesetzlichen Begriff des Kartells oder der Kartellschädlichkeit hält, soweit sie z. B. die Auflösung eines Kartells bewirkt, bei dem zwar einzelne Mitglieder erhebliche Differentialrenten erzielen, schwächeren Unternehmern jedoch in einem sozial wünschenswerten Sinne das Weiterbestehen ermöglicht wird; dabei ist es dann dem Richter gemäss OR 105 auch möglich, die Gewinn- und Kostenberechnung, welche zur Kartellauflösung geführt hat, einer Ueberprüfung zu unterziehen. Eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde sollte aber nicht nur gegenüber Verfügungen der Departemente und der ihnen untergeordneten Amtsstellen, sondern — in Abweichung von OG 102 a — auch gegenüber unmittelbar vom Bundesrat als einziger Instanz erlassene Verfügungen gewährt werden, soweit solche gegenüber Kartellen überhaupt in Frage kommen ^{45b}. Die richterliche Ueberprüfung der gegen die private organisatorische Monopolbildung gerichteten Verfügungen auf ihre Rechtmässigkeit, resp. die unmittelbare Anwendung antimonopolistischer Vorschriften durch den Zivil- oder Strafrichter, bringt zugleich die akzessorische richterliche Ueberprüfung der das Kartellgesetz vollziehenden Rechtsverordnungen wenigstens auf ihre Gesetzmässigkeit mit sich ⁴⁶. So wäre im Zusammenhang mit der Beurteilung einer streitigen Ueberschreitung von Höchstpreisvorschriften zugleich die richterliche Ueberprüfung der betreffenden Höchstpreisvorschriften als solcher auf ihre Uebereinstimmung mit dem Kartellgesetz möglich ⁴⁷. Das akzessorische richterliche Ueberprüfungsrecht bietet jedoch gegenüber unrechtmässigen Eingriffen in die wirtschaftliche Organisationsfreiheit durch die Verordnungen, die auf Grund des Kartellgesetzes erlassen werden, keinen genügenden Schutz. Erstens kann es in allen Fällen, in denen nur eine faktische Freiheitsbeschränkung vorgenommen

Fleiner/Giacometti 908/9; gl. M. in bezug auf das Kartellrecht Kaufmann, Das amerikanische Antitrustrecht.

^{45b} Nef, a.a.O., 322a/6a. Den Erläss von Verfügungen gegen Kartelle unmittelbar durch den BR sieht z. B. der Entwurf Gysin, Art. 20, vor.

⁴⁶ Fleiner/Giacometti 935 ff.

⁴⁷ Es wird hier davon ausgegangen, dass Höchstpreisvorschriften Verordnungen sind; sofern jedoch die Konkretisierung bereits bis zur Festsetzung bestimmter Preise oder Margensätze fortgeschritten ist, wäre die Annahme, es handle sich hier um einen Entscheid, gegen den eine Verwaltungsbeschwerde möglich sei, durchaus zu rechtfertigen. In diesem Sinne hat sich wenigstens in bezug auf verwaltungsinterne Rechtspflege auch schon die Praxis ausgesprochen; vgl. darüber Lautner 267 und die dort angeführte Literatur; ferner Im Hof, a.a.O., 330.

wird (z. B. durch Aussenseitersubventionen), von vornherein nicht angewendet werden, weil es zu keinem Zivil-, Straf- oder Verwaltungsprozess kommt, indem die monopolistisch Organisierten ihre Rechte geltend machen könnten. Zweitens kann ein Unternehmer die akzessorische richterliche Ueberprüfung z. B. einer Höchstpreisvorschrift nur dadurch herbeiführen, dass er vorerst einmal das Risiko auf sich nimmt, diese Vorschrift zu Unrecht und mit allen Unrechtsfolgen zu übertreten⁴⁸. Ein wirk-samer Rechtsschutz gegenüber Rechtsverordnungen, die von der Bundes-verwaltung auf Grund eines Kartellgesetzes erlassen werden, lässt sich nur durch die Einführung einer selbständigen repressiven Gerichtsbarkeit gegenüber solchen Verordnungen bewerkstelligen; damit geht man dann allerdings über das, was auf Grund der gegenwärtigen Verfassungslage möglich ist, hinaus, weil das Bundesgericht Akte der Bundesverwaltung (abgesehen von der Kompetenzgerichtsbarkeit gemäss BV 113 I Ziff. 1) nur im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, die naturgemäss auf Ver-fügungen beschränkt bleibt, selbständig überprüfen kann⁴⁹. Die selb-ständige repressive Gerichtsbarkeit für Rechtsverordnungen der Bundes-verwaltung sollte sich aber nicht nur auf die Gesetzesmässigkeit, sondern auch auf die materielle Verfassungsmässigkeit erstrecken, damit also zugleich auch das Kartellgesetz selbst in seinem Verhältnis zur Kartell-bestimmung erfassen, m. a. W. also eine allgemeine selbständige repres-sive Verfassungsgerichtsbarkeit darstellen. Die Tatsache, dass die Bundes-verfassung dem Bundesgesetzgeber gegenüber eine *lex imperfecta* ist, lässt sich mit dem Rechtsstaatsgedanken unmöglich vereinbaren⁵⁰.

Vielfach wird die Ansicht vertreten, der Entscheid über den schädlichen Charakter einer Kartellwirkung sei nach freiem Ermessen zu treffen, es handle sich hiebei um freie Regierungstätigkeit, woraus geschlossen wird, dass eine richterliche Ueberprüfung eines solchen Entscheides ent-weder überhaupt nicht erfolgen könne oder dann wenigstens solange ausgeschlossen sei, als am Grundsatz festgehalten werde, dass der Richter Akte des Gesetzgebers und der Verwaltung nur auf ihre Rechtmässigkeit, nicht aber auf ihre Angemessenheit überprüfen könne⁵¹. Dieser Ansicht

⁴⁸ Nef, a.a.O., 258a/9a.

⁴⁹ Fleiner/Giacometti 886/7.

⁵⁰ Vgl. darüber Nef, Der richterliche Schutz der Handels- und Gewerbefreiheit; Fleiner/Giacometti 933/4.

⁵¹ Vgl. Kaufmann, Das amerikanische Antitrustrecht; Wolffers 71; Tanner 106 ff. Demgegenüber treten Liefmann (241) und Haussmann (Wirtschaftliche Kon-zentration 268) ausdrücklich für die Einschaltung des Richters in die Kartell-kontrolle ein.

muss auf das entschiedenste entgegengetreten werden. Schon der Gesetzgeber selbst wird durch die Verfassung — wie sich noch näher zeigen wird — daran gehindert, nach völlig freiem Ermessen, nur nach Zweckmässigkeitsüberlegungen zu entscheiden, was eine schädliche Auswirkung eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation ist, indem das Recht zur monopolistischen Preisbeeinflussung durch die Kartellbestimmung in Verbindung mit der HGF weiterhin grundsätzlich anerkannt ist und nur eine Auswuchsbekämpfung in Frage kommt; ob jedoch der Gesetzgeber wirklich nur im Sinne der Bekämpfung von Missbräuchen und nicht mit dem Ziele der Verhinderung der Monopolbildung als solcher legiferiert, das ist eben eine Rechtsfrage, die ein unabhängiges Gericht muss beurteilen können, wenn nicht die Kartellbestimmung eine *lex imperfecta* bleiben soll. Das gleiche gilt aber noch in vermehrtem Masse für das Verhältnis des Richters zu den abstrakten und konkreten Verwaltungsakten, welche von der Bejahung der Kartellschädlichkeit ausgehen. Auch wenn die gesetzliche Umschreibung des Begriffs der Kartellschädlichkeit sehr unpräzis sein sollte, würde es sich doch um einen inhaltlich bestimmten Rechtsbegriff handeln, der allerdings auslegungsbedürftig wäre, aber an den sich die Verwaltung bei der Beurteilung der monopolistischen Tatbestände eben doch halten müsste, wobei die Richtigkeit der Auslegung und der Subsumption grundsätzlich überprüft werden kann. Es darf keineswegs angenommen werden, dass der Gesetzgeber darum, weil er den Begriff der Kartellschädlichkeit nicht starr umschreibt, die rechtsanwendende Behörde in Missachtung des Vorbehalts des Gesetzes und des Legalitätsprinzips ermächtigen wollte, nach freiem eigenen Ermessen zu bestimmen, was sie an einem Kartell als schädlich betrachten wolle⁵²; in einem solchen Fall muss vielmehr die Praxis der Verwaltung und der sie kontrollierenden Gerichte auf Grund der Gesetzesmaterialien und auf dem Wege der teleologisch-systematischen Interpretation zu einer näheren Umschreibung des Begriffs der Kartellschädlichkeit führen, an welche die rechtsanwendenden Behörden gebunden sind. Selbstverständlich muss der Richter weitgehend auf den nationalökonomischen Experten abstellen, wenn es gilt, zu entscheiden, ob ein volkswirtschaftlicher Tatbestand, ein bestimmter Preis oder Gewinn dem Begriff der Kartellschädlichkeit entspreche; dies ist jedoch eine Frage der Tatbestandsfeststellung und nicht der Angemessenheit eines Verwaltungsaktes, wobei mit der Notwendigkeit für den Richter, auf Fachleute abzustellen, keineswegs ein neues

⁵² Vgl. Wackernagel 252.

Element in der Rechtssprechung erscheint. Eine Frage der Angemessenheit würde sich für den Richter stellen, wenn die Verwaltung den Gesichtspunkt, nach dem die maximal zulässige Höhe eines Preises zu bestimmen ist, frei wählen könnte; dies ist nun aber, wie bereits dargestellt wurde, zufolge des Vorbehaltes des Gesetzes und des Legalitätsprinzips eben gerade die Aufgabe des Gesetzgebers, während die Verwaltung an die im Kartellschädlichkeitsbegriff des Kartellgesetzes (ausdrücklich oder stillschweigend) enthaltene Fragestellung (soll z. B. auf die Kosten der am rationellsten arbeitenden oder der schwächsten Betriebe abgestellt werden?) gebunden ist. Die Probleme, die sich für den Richter bei der Beurteilung der Schädlichkeit einer Kartellwirkung stellen werden, sind übrigens gar nicht so sehr verschieden von denjenigen, die er schon im Zusammenhang mit der bisherigen Praxis in bezug auf Kartellstreitigkeiten zu lösen hatte. Wenn das Bundesgericht den Entscheid darüber, ob die Verhängung eines Boykotts über einen beitrtrittswilligen Aussenseiter dem Grundsatz der Zweckproportionalität entspreche, davon abhängig gemacht hat, ob für die betreffende Branche eine Existenzgefährdung bestehe⁵³, so hat es praktisch nichts anderes getan, als die im Zusammenhang mit der antimonopolistischen Intervention wesentliche Frage gestellt, ob in der betreffenden Branche die Preise unterkalkuliert oder missbräuchlich überhöht seien. Im übrigen ist daran zu erinnern, dass ja auch im Begriff der «Kartelle und ähnlicher Organisationen» selbst eine materielle Schranke für die antimonopolistische Intervention des Staates enthalten ist, bei deren Ueberschreitung eine Sanktion von Seiten des Richters möglich sein muss. Insbesondere sollte ein unabhängiges Gericht zur Beweisfrage, ob überhaupt ein Kartell oder eine ähnliche Organisation im Sinne der Kartellbestimmung vorliegt, Stellung nehmen können⁵⁴. Die monopolistische Preisbeeinflussung lässt sich oft nur sehr schwer nachweisen, und die amerikanische Praxis hat darum den Grundsatz aufgestellt, im Zweifel sei der monopolistische Charakter einer wirtschaftlichen Organisation zu bejahen⁵⁵. Ein solcher Grundsatz kann u. E. im Hinblick auf die prinzipielle Freiheit der privaten Monopolbildung im schweizerischen Recht keinen Eingang finden; eine Intervention auf Grund der Kartellbestimmung ist nur möglich, wenn die Existenz einer monopolistischen Organisation eindeutig nachgewiesen ist. Ob aber das Erfordernis eines strikten Beweises erfüllt ist, sollte eben vom Richter nachgeprüft werden können.

⁵³ Vgl. oben S. 97.

⁵⁴ OG 105.

⁵⁵ Schneeberger 19.

§ 7. Besondere Voraussetzungen für ein Abweichen von der Handels- und Gewerbefreiheit auf Grund der Kartellbestimmung

Die erste, wichtigste Voraussetzung, die erfüllt sein muss, damit eine antimonopolistische Intervention gestützt auf die Kartellbestimmung erfolgen kann, besteht darin, dass für den fraglichen Wirtschaftszweig die Existenz eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation nachgewiesen ist. Die nähere Umschreibung dieser Voraussetzung wurde im I. Kapitel vorweggenommen.

I. DIE GRUNDSÄTZLICHE ANERKENNUNG DER KARTELLE UND ÄHNLICHER ORGANISATIONEN

Die primäre Frage, die sich bei einer besonderen Ordnung des Kartell- und Trustwesens für jeden Gesetzgeber stellt, geht dahin, ob private monopolistische Organisationen grundsätzlich anerkannt und nur ihre Auswüchse bekämpft werden sollen, oder ob zur Aufrechterhaltung der reinen Konkurrenz die private Monopolbildung grundsätzlich verboten werden soll¹. Diese materielle Frage darf nicht verwechselt werden mit der technischen Frage, ob für Kartelle und ähnliche Organisationen ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu statuieren sei, oder ob der private monopolistische Zusammenschluss frei erfolgen und eventuellen Missbräuchen von Seiten des Staates nur repressiv begegnet werden solle². Es ist durchaus denkbar, dass eine Rechtsordnung die Kartellierung materiell zwar als ein legitimes Ordnungsmittel der Privatwirtschaft grundsätzlich vor staatlichen Eingriffen schützt, dass aber die Kartellbildung in technischer Hinsicht nur unter dem Vorbehalt der Erteilung einer besonderen staatlichen Bewilligung, z. B. in der Form der Zulassung

¹ Kartellproblem.

² Gl. M. Wolffers 70; a. M. Giese 9/10, 20/5.

des Eintrags in ein obligatorisches Kartellregister, erfolgen darf, wobei diese Bewilligung — auf deren Erteilung die Unternehmer dann selbstverständlich ein grundsätzliches Recht haben — unter bestimmten Voraussetzungen, so eben im Falle der Kartellschädlichkeit im Sinne der Kartellbestimmung, zu verweigern ist. Ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen ist mit deren grundsätzlicher materieller Anerkennung nicht prinzipiell, sondern nur dann unvereinbar, wenn eine präventive Kontrolle im Verhältnis zur Gefahr vor schädlichen Auswirkungen der privaten Monopolbildung als übermässig starker, unnötiger Eingriff in die Unternehmerfreiheit erscheint^{3, 4}.

Was nun die materielle Frage anbetrifft, erteilt die Kartellbestimmung eine ganz eindeutige Antwort: Kartelle und ähnliche Organisationen sind grundsätzlich anerkannt und dürfen nicht als solche verboten werden; staatliche Eingriffe dürfen nur zur Verhinderung besonders qualifizierter monopolistischer Missbräuche erfolgen. Für diese Auslegung kann man sich bereits auf eine herrschende Lehre berufen⁵. Die Unzulässigkeit eines grundsätzlichen Verbotes der Kartelle und ähnlicher Organisationen ergibt sich vorerst aus dem Wortlaut der Kartellbestimmung. Wenn es in BV 31 bis III d heisst, dass Vorschriften «gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen» erlassen werden dürfen, so wird damit zum Ausdruck gebracht, dass private Konkurrenzbeschränkungen auch günstige Auswirkungen haben können und darum nicht an sich verhindert werden sollen. Hätte man ein grundsätzliches, generelles Verbot der Kartelle und ähnlicher Organisationen zulassen wollen, so hätte man sich bei der Umschreibung der betreffenden Kompetenz darauf beschränken können, ganz einfach den Erlass von «Vorschriften gegen die Bildung und die Tätigkeit von Kartellen und ähnlichen Organisationen» vorzusehen. Die Richtigkeit der hier vorgenommenen wörtlichen Auslegung der Kartellbestimmung im Sinne der Unzulässigkeit eines grundsätzlichen Kartell- und Trust-

³ Fleiner/Giacometti 306 Anm. 18; Marti 117/8.

⁴ Auf die Frage der Verhältnismässigkeit eines Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt für Kartelle und ähnliche Organisationen ist im Zusammenhang mit der Behandlung des Kartellregisters, unten § 8 III, einzutreten.

⁵ Nef, HGF 44; Marti 176; Tanner 40 ff.; Geyer; Schürmann 62; Haussmann, «Antitrust»; Marbach, Kartellproblem 218; Wolfers 69; Deschenaux 154; a. M. Homburger 101/2, 109; Fleiner/Giacometti 292, Anm. 60.

verbotes wird bestätigt durch die historische Interpretation. Der Entwurf des Bundesrates zu den neuen Wirtschaftsartikeln hatte sich darauf beschränkt, «Vorschriften über Kartelle und ähnliche Organisationen» vorzusehen⁶. Die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission beantragte jedoch in Anlehnung an einen mässigen Vorschlag des Vorortes des Handels- und Industrievereins, ausdrücklich nur «Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen des Kartellwesens» zuzulassen, um deutlich zum Ausdruck zu bringen, dass nur die Bekämpfung von Missbräuchen und kein grundsätzliches Verbot der monopolistischen Unternehmerzusammenschlüsse in Frage komme⁷. Nach der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln sind Kartelle «berechtigte Ansätze zu einer wirtschaftlichen Zusammenarbeit», stellen sie, «eine höhere Form der Wirtschaftsführung» dar, die zwar «überwacht», aber nicht als solche verboten werden soll⁸; wörtlich heisst es: «Immerhin ist schon jetzt darauf hinzuweisen, dass es sich nicht etwa um die Verhinderung oder Bekämpfung des Kartellwesens an sich handeln kann, sondern lediglich um eine Kontrolle der Kartelle, insbesondere um eine gewisse Publizitätspflicht und um die Bekämpfung vorkommender Missbräuche und Auswüchse⁹.» Sowohl in der nationalrätlichen wie in der ständerätlichen Kommission wurde betont, dass nur eine Auswuchsbekämpfung in Frage komme¹⁰, und die gleiche Ansicht wurde mehrheitlich auch im Plenum vertreten¹¹. Der Ausschluss eines Verbotes von Kartellen und ähnlichen Organisationen als solcher auf Grund der Kartellbestimmung entspricht durchaus der günstigen Beurteilung, welche die Kartellierung von Seiten der herrschenden schweizerischen Volkswirtschaftslehre und insbesondere durch die Preisbildungskommission erfährt¹². Es ist auch an die Förderung der Kartellierung durch die meisten Submissionsvorschriften zu erinnern¹³. Indem sich der schweizerische Verfassungsgesetzgeber hinsichtlich der antimonopolistischen Intervention für die

⁶ BB1 1937 II 954.

⁷ Protokoll der NR-Kommission zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 75/6; Sten Bull NR 1938, 354.

⁸ Botschaft 840.

⁹ Botschaft 889.

¹⁰ StR-Kommission, Protokoll zur 2. Session vom 3./4. 11. 38, 26; zur 5. Session vom 1./3. 5. 39, 20; NR-Kommission, Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 75.

¹¹ Sten Bull NR 1938, 338/9, 354; StR 1939, 31; 1945, 198.

¹² Vgl. oben S. 64.

¹³ Vgl. oben S. 117/8.

Beschränkung auf eine Missbrauchsbekämpfung entschieden hat, ist er einer Entwicklungslinie gefolgt, die für die europäische Gesetzgebung auf dem Gebiete des Kartellwesens ganz allgemein kennzeichnend ist¹³,¹⁴. Deutschland allerdings, dessen Kartellverordnung vom 2. November 1923 noch immer als das klassische Beispiel einer die Kartelle grundsätzlich anerkennende Kartellgesetzgebung anzusehen ist¹⁵, scheint neuerdings unter dem Einfluss Amerikas und der neoliberalen Schule eine abrupte Schwenkung im Sinne einer radikalen Unterdrückung jeder privaten Monopolbildung vollziehen zu wollen; ob es sich hierbei um mehr als um eine oberflächliche, vorübergehende Neuorientierung handelt, darf jedoch bezweifelt werden, wenn man bedenkt, dass Deutschland lange Zeit als das kartellfreundlichste Land der Welt angesehen wurde¹⁶. Ein grundsätzliches, hinsichtlich seines Erfolges jedoch sehr umstrittenes Verbot jeglicher privatmonopolistischer «conspiracy» besteht in den USA; nach amerikanischer Auffassung stellt die Kartellierung nicht einen Ausfluss, sondern eine direkte Verletzung der HGF dar¹⁷.

II. AUSWIRKUNGEN VON KARTELLEN UND ÄHNLICHEN ORGANISATIONEN

Eine wirtschaftliche Organisation ist nur insofern ein Kartell oder kartellähnlich, als sie auf die monopolistische Preisbeeinflussung gerichtet ist, als sie monotypische Auswirkungen hat. Nun muss aber daran erinnert werden, dass es wirtschaftliche Organisationen gibt, die infolge ihrer potentiellen Fähigkeit, die Preisbildung monopolistisch zu beeinflussen, als Kartelle oder ähnliche Organisationen betrachtet werden müssen, die jedoch trotzdem durchaus auch andere als monotypische Auswirkungen haben, insbesondere im Sinne der Rationalisierung wirken können¹⁸. Solche dem System der freien Konkurrenz konforme Auswirkungen von Organisationen, die an sich der Kartellbestimmung unterstehen, Auswirkungen, die in keinem inneren Zusammen-

¹³ Eggmann 3/55; Giese 23/5.

¹⁴ Allzuviel kann allerdings aus dieser Uebereinstimmung nicht abgeleitet werden, wenn man andererseits bedenkt, dass die HGF in der Schweiz in viel stärkerem Masse gesichert ist als irgendwo in Europa.

¹⁵ Vgl. Liefmann, Anhang.

¹⁶ Kartellproblem; Marbach, Antimonopolistische Intervention 223; Giese; deutsche Gewerkschaften; NZZ Nr. 195, 1299/1951, 759/1952.

¹⁷ Vgl. oben S. 62, 87; Trumpler; Haussmann, Kartellbegriff; derslb., «Antitrust»; Schneeberger; Wolf; Kaufmann, Das amerikanische Antitrustrecht.

¹⁸ Vgl. oben S. 25, 28/9, 31, 59/62.

hang mit der Marktbeherrschung stehen, dürfen selbstverständlich nicht auf Grund der Kartellbestimmung bekämpft werden. Wenn also bei der Bildung eines Trusts infolge der Zentralisation des Vertriebs viele kaufmännische Angestellte arbeitslos werden, so mag das von einem allgemeinen Gesichtspunkt aus als sozial schädlich beurteilt werden, unter dem Gesichtspunkt der ausschliesslich gegen Konkurrenzbeschränkungen gerichteten Kartellbestimmung jedoch handelt es sich um eine absolut legitime Rationalisierungsmassnahme. Alle Auswirkungen eines Trusts, welche nicht in einer Preiserhöhung, resp. Produktionseinschränkung oder -verschlechterung bestehen, sondern lediglich als die Folge der Rationalisierung erscheinen, können nicht schädlich im Sinne der Kartellbestimmung sein, weil sie vom Trust nicht in seiner Eigenschaft als marktbeherrschende Unternehmerzusammenfassung, die ihn allein zur kartellähnlichen Organisation macht, sondern in seiner Eigenschaft als Grossunternehmen ausgehen. Insbesondere unzulässig wäre es, wenn man gestützt auf die Kartellbestimmung Mittelstandsschutzpolitik betreiben wollte, in dem Sinne, dass man es als eine schädliche Auswirkung eines Unternehmenszusammenschlusses ansehen würde, dass dadurch die Zahl der selbständig bleibenden Unternehmer abnimmt und dass infolge der Rationalisierung, insbesondere der Massenproduktion, die klein- und mittelbetriebliche Struktur der Volkswirtschaft zerstört wird. Der im Rahmen der amerikanischen Antitrustpolitik unternommene Versuch, die wirtschaftliche Konzentration an sich einzudämmen¹⁹, kann auf Grund der schweizerischen Kartellbestimmung nicht nachgeahmt werden²⁰. Der Begriff der «Kartelle und ähnlicher Organisationen» umfasst nur die monopolistischen Konzentrationsgebilde²¹.

Die grundsätzliche Anerkennung der Kartelle und ähnlicher Organisationen durch den Verfassungsgesetzgeber schliesst nicht aus, dass eine Kartellvereinbarung, die schädliche monopoltypische Wirkungen zeitigt, für ungültig erklärt wird. Die Beschränkung der Intervention auf monopoltypische Auswirkungen, der Schutz der wettbewerbskonformen Tätigkeit marktbeherrschender Organisationen durch die HGF lässt jedoch die Auflösung eines schädlichen Kartells oder Trusts dann als unzulässigen, durch die Kartellbestimmung nicht voll gedeckten Eingriff erscheinen.

¹⁹ Vgl. Anm. 17.

²⁰ Betr. schweizerische Vorschläge, welche in diese Richtung weisen, vgl. oben S. 60, Anm. 58/60.

²¹ Vgl. oben S. 51/2.

wenn die betroffenen Unternehmer nachweisen können, dass die fragliche wirtschaftliche Organisation, ein Trust oder ein Syndikat, bei dem der Verkauf zentralisiert ist, sich nicht nur im Sinne der Preisbeeinflussung, sondern auch in demjenigen der Rationalisierung auswirkt. In einem solchen Fall kommt nur der Erlass von Höchstpreisvorschriften oder ein Verbot des Monopolkampfes in Frage; an eine sogenannte Entflechtung von Trusts ist also im Zusammenhang mit der Kartellbestimmung praktisch nicht zu denken²².

Weniger im Zusammenhang mit der Kartellbestimmung^{22a} als anlässlich der Beratungen über das krisenrechtliche Kartellermächtigungsgesetz (BB betr. die Ueberwachung von Warenpreisen vom 20. 6. 36, Art. 1 III) wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht dem Bund, indem er eine übermässige Ueberhöhung der Kartellpreise verhindern kann, zugleich die Kompetenz erteilt sei, volkswirtschaftlich als angemessen eingeschätzte Kartellpreise gegenüber der Preisschleuderung von Seiten der Aussenseiter zu schützen²³. Eine solche Kompetenz zur Begrenzung der Preise nach unten, sei es in der Form der Zwangskartellierung oder Allgemeinverbindlicherklärung von Verbandsbeschlüssen, sei es in der Form von Mindestpreisen, lässt sich unmöglich aus der Kartellbestimmung ableiten. Die Kartellbestimmung bezieht sich nicht auf irgendwelche Missstände, die innerhalb einer kartellmässig organisierten Branche auftreten können, sondern ausschliesslich auf die Auswüchse der monopolistischen Preisbeeinflussung. Das Aussenseitertum ist nicht eine Folge der privaten Konkurrenzbeschränkungen, sondern ein Hindernis derselben, eine Folge der freien Konkurrenz, und kann darum unter dem Gesichtspunkt der Kartellbestimmung bestenfalls gefördert, nie aber behindert werden²⁴. Ein Schutz von Kartellen gegen Aussenseiter kommt bestenfalls unter den besonderen Voraussetzungen von BV 31 bis IIIa in Frage²⁵.

²² Vgl. oben S.40; vgl. dazu S. Mason, *The Current Status of the Monopoly Problem in the United States* (1949) 62 *Harvard Law Rev.* 1265 et seq.; George E. Hale, *Trust Dissolution: «Atomizing» Business Units of Monopolistic Size* (1940) 40 *Columbia Law Rev.* 615 et seq.

^{22a} Vgl. aber immerhin StR-Kommission, Protokoll zur 2. Session v. 3./4. 11. 38, 26.

²³ Sten Bull NR 1935, 243/5. 256. Der betreffende BB, so wie er aus den Beratungen hervorging, erlaubte denn auch den Erlass von Mindestpreisen zum Schutz vor der Preisschleuderei; vgl. Lautner 6.

²⁴ Gl. M. Tanner 100.

²⁵ Vgl. oben S. 50.

III. VOLKSWIRTSCHAFTLICH ODER SOZIAL SCHÄDLICHE AUSWIRKUNGEN VON KARTELLEN UND ÄHNLICHEN ORGANISATIONEN

Nach der Ansicht Homburgers kann der Bundesgesetzgeber nach freiem Ermessen bestimmen, was eine schädliche Auswirkung eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation ist²⁶, steht ihm insbesondere der Entscheid darüber zu, «ob in der mit einem Kartell verbundenen Einschränkung des Wettbewerbs an sich schon eine schädliche Auswirkung vorliegt²⁷». Nach dieser Ansicht wäre also die Kompetenz zum Erlass eines Kartellgesetzes auf Grund der Kartellbestimmung materiell nur durch den Kartellbegriff begrenzt, und es könnte jede monopoltypische Auswirkung eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation verboten werden. Dem ist nun aber gerade nicht so: die grundsätzliche Garantie der Freiheit der Monopolbildung durch die HGF in Verbindung mit der Kartellbestimmung bringt es vielmehr mit sich, dass nicht die monopolistische Preisbeeinflussung und die sie unterstützenden Monopolkampfmassnahmen an sich als schädlich verboten werden dürfen, sondern nur ein *qualifiziertes* organisatorisch-monopolistisches Verhalten²⁸. Es wäre also nicht zulässig, zu bestimmen, dass jede Mindestpreisvereinbarung, die zu einem höheren als dem bei freier Konkurrenz möglichen Preise führt oder die was dasselbe ist — gegenüber den Verhältnissen bei freier Konkurrenz zu einem Umsatzrückgang führt, nichtig sei: eine solche Bestimmung würde ein verfassungswidriges prinzipielles Kartellverbot darstellen²⁹. Die monopolistische Preiserhöhung (oder Produktionsbeschränkung), welche als schädlich im Sinne der Kartellbestimmung behandelt werden soll, muss vielmehr qualifiziert sein, in dem Sinne z. B., dass eine ungewöhnlich hohe Marge zwischen Kosten und Erlös besteht. Besonders wichtig ist aber, dass auch die Schädigung der Aussenseiter durch den Monopolkampf nicht an sich, sondern nur in qualifizierten Fällen verhindert werden darf³⁰. Ein generelles Verbot des Boykotts z. B. liesse sich mit der Bundesverfassung nicht vereinbaren, denn damit würde ja die prinzipielle Anerkennung der sekundären Kartellvereinbarungen durch die Kartellbestimmung negiert, zugleich aber auch die Anerkennung der

²⁶ Homburger 101 ff.; gl. M. Fleiner/Giacometti 292, Anm. 60.

²⁷ Homburger 109.

²⁸ Gl. M. Geyer; Wolffers 69.

²⁹ Wolffers 70; Tanner 96/7.

³⁰ A. M. Tanner 82/94.

eigentlichen Kartelle illusorisch gemacht, weil sich diese nur durch Monopolkampfmassnahmen erhalten können³¹. Als schädlich im Sinne der Kartellbestimmung ist vor allem eine Monopolkampfmassnahme zu qualifizieren, die zur Unterstützung einer schädlichen Preisbeeinflussung ergriffen wird.

Das spezifische Wesensmerkmal der Kartelle und ähnlicher Organisationen ist die von ihnen angestrebte monopolistische Preisbeeinflussung. Entsprechend bestehen schädliche monopoltypische Auswirkungen, welche zur Aktualisierung der in der Kartellbestimmung enthaltenen Kompetenzen Anlass geben können, letztlich immer in einer bestimmten Preishöhe, die als übermässig betrachtet wird³². Ob nun eine wirtschaftliche Organisation den Preis direkt beeinflussen will oder indirekt, durch Produktionseinschränkungen oder eine Rayonnierung³³, ob sie hiebei zu den Mitteln des Monopolkampfes greift oder nicht: immer ist auf das Endergebnis, ist auf die Preisverhältnisse in der monopolistisch organisierten Branche abzustellen, wenn die Schädlichkeit der Konkurrenzbeschränkung festgestellt werden soll. Wird der Preis, den die Kartellmitglieder erzielen, als volkswirtschaftlich oder sozial gerechtfertigt angesehen, hat es keinen Sinn, zugleich das entsprechende Produktionsvolumen als für die ausreichende Versorgung des Publikums ungenügend zu bezeichnen, und ebenfalls widersprüchlich wäre es unter dieser Voraussetzung, die Bekämpfung eines unterbietenden Aussenseiters als unzulässig zu betrachten, wenn sie sich mit der allgemeinen zivilrechtlichen Sittlichkeit und dem Persönlichkeitsrecht vereinbaren lässt. Dass es sich bei der Kartell- und Trustgesetzgebung um den Schutz vor überhöhten Preisen handeln muss, ergibt sich nicht nur aus dem Begriff der Kartelle und ähnlicher Organisationen, sondern auch aus den Materialien; bereits beim Erlass des BB betr. die Ueberwachung von Warenpreisen vom 20. Juni 1936 war man der Ansicht, dass dessen Art. 1 III, mit dem die Preiskontrolle für Kartelle eingeführt wurde^{33a}, den Kern eines zukünftigen Kartellgesetzes darstelle^{33b}. Zuzufolge der Motion Feldmann vom 23. Dezember 1936, welche den entscheidenden Anstoss zum Erlass der Kartellbestimmung gegeben hatte, sollte die Kartellgesetzgebung in erster Linie das Ziel verfolgen, «die Kartellierung in den Dienst einer gesunden

³¹ Vgl. oben S. 40 ff.

³² Lüthi 24.

³³ Vgl. oben S. 30.

³³ Vgl. oben Einleitung, S. 14.

^{33b} Sten Bull NR 1935, 264 (BR Obrecht).

Kalkulation und allseitig tragbaren Preisbildung zu stellen»³⁴; ein Mitglied der nationalrätlichen Kommission erklärte: «Die Kartellgesetzgebung bezweckt den Schutz des Publikums vor Preisüberforderungen durch Kartelle³⁵.» Die Aufgabe, die auf Grund der Kartellbestimmung und der darauf beruhenden Gesetzgebung gelöst werden soll, besteht also letztlich immer im Schutz der Abnehmer vor missbräuchlich überhöhten Preisen³⁶, und nicht im Schutz der Mitglieder monopolistischer Organisationen vor übermässigen Bindungen und der Aussenseiter vor dem Organisationszwang. Ist aber einmal die Schädlichkeit der Auswirkung eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation in der Form eines zu hohen Preises festgestellt, so ist es eine zweite Frage, ob der zu hohe Preis direkt durch Höchstpreisvorschriften bekämpft werden soll, oder ob nicht die Abnehmer indirekt geschützt werden sollen, indem den Kartellmitgliedern und Aussenseitern die Rückkehr zur freien Konkurrenz, resp. deren Aufrechterhaltung ermöglicht wird. In diesem Sinne, unter dem Gesichtspunkt eines mittelbaren Abnehmerschutzes, ist es also auch möglich, dass gestützt auf die Kartellbestimmung besondere Vorschriften zugunsten der Kartellmitglieder und Aussenseiter erlassen werden. Es ist in diesem Zusammenhang an § 10 der deutschen Kartellverordnung zu erinnern, der ein sofortiges Rücktrittsrecht für Mitglieder von Kartellen vorsah, welche die Gesamtwirtschaft schädigen³⁷.

Im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung nimmt Tanner an, auf Grund der Kartellbestimmung könnten die Aussenseiter gegenüber Monopolkampfmassnahmen in einem selbständigen Sinne, nicht um der freien Konkurrenz, sondern um des Eigenwertes ihrer Selbständigkeit willen, geschützt werden³⁸. Er stützt sich hiebei auf den Wortlaut, indem er die den einzelnen Unternehmer schädigenden Auswirkungen der monopolistischen Unternehmerzusammenfassungen als «sozial» schädlich betrachtet. Diese Auslegung des Ausdrucks «sozial» ist an sich nicht unmöglich, wenn auch die Auslegung Nefs, wonach sozial schädliche Auswirkungen solche sind, welche die Konsumenten betreffen, sicher näher liegt, insbesondere weil bei den Beratungen über die Kartellbestimmung das Preisproblem durchaus im Vordergrund stand und sich für die Aus-

³⁴ Botschaft 888.

³⁵ Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 46 (Abt.).

³⁶ Es ist hier wieder einmal daran zu erinnern, dass es auch Nachfragenmonopole gibt, gegen deren Auswirkungen natürlich umgekehrt die Anbieter geschützt werden müssten; vgl. oben S. 36.

³⁷ Liefmann 213, 243 ff., Anhang.

³⁸ Tanner 78 ff.

legung Tanners in den Materialien gar keine Anhaltspunkte finden lassen³⁹. Die Unrichtigkeit der Auffassung Tanners ergibt sich jedoch vor allem aus einer systematisch-teleologischen Interpretation. Es ist davon auszugehen, dass mit der prinzipiellen Anerkennung der Kartelle und ähnlicher Organisationen durch den Verfassungsgesetzgeber auch die sekundären Kartellvereinbarungen, welche den Monopolkampf im Dienste der monopolistischen Preisbeeinflussung bezwecken, an sich anerkannt sind⁴⁰. Eine monopolistische Preisbeeinflussung ist nur denkbar, wenn unterbietende Aussenseiter auf dem Wege der Preisfestsetzungsfreiheit ((Dumping) oder der kollektiv geltend gemachten Abschlussfreiheit (Boycott), eben durch den Monopolkampf im Rahmen der allgemeinen zivilrechtlichen Sittlichkeit zur Anpassung gezwungen werden können; dies hat das Bundesgericht in seiner Boykottpraxis stets anerkannt⁴¹. Man würde sich einer *contradictio in adjecto* schuldig machen, wenn man die monopolistische Preisbeeinflussung grundsätzlich zulassen, den Behinderungswettbewerb jedoch grundsätzlich verbieten würde⁴². Ein Schutz der Aussenseiter gegenüber Monopolkampfmassnahmen auf Grund der Kartellbestimmung kommt demnach nur in qualifizierten Fällen in Frage. Das Kriterium für die Qualifikation könnte darin erblickt werden, dass ein Boycott oder ein Dumping nie die Vernichtung eines Aussenseiters bezwecken darf, der sich den als zulässig anerkannten Monopolpreisen anpassen will; gegen derartige Monopolkampfmassnahmen kann jedoch der Zivilrichter seit jeher auf Grund des Prinzips der Zweckproportionalität vorgehen⁴³. Wenn die Beschränkung der Freiheit eines unterbietenden Aussenseiters durch Monopolkampfmassnahmen in Verstärkung der allgemeinen zivilrechtlichen Schranken auf Grund der Kartellbestimmung als schädlich qualifiziert werden soll, so kommt, da sie infolge der grundsätzlichen Anerkennung der monopolistischen Preisbeeinflussung selbst ebenfalls prinzipiell zugelassen werden muss, nur die Schädlichkeit des unterbotenen Preises als Qualifikationskriterium in Betracht. Es kann nicht etwa eine Differenzierung nach dem Intensitätsgrad der Freiheitsbeschränkung vorgenommen werden, denn dieser muss, wenn die

³⁹ Nef, HGF 45. — Der Vorschlag, eine Kompetenz zu schaffen, um für Kartellmitglieder ein generelles, über das allgemeine Zivilrecht hinausgehendes Kündigungsrecht zu statuieren, wurde ausdrücklich abgelehnt; vgl. Sten Bull NR 1938, 374/5.

⁴⁰ Vgl. oben S. 40.

⁴¹ Vgl. oben S. 95.

⁴² Eggmann 162, 169.

⁴³ Vgl. oben S. 97.

Monopolkampfmassnahme ihren legitimen Zweck überhaupt soll erfüllen können, u. U. sehr hoch sein. Da die Kartelle und ähnlichen Organisationen inklusive die sekundären Kartellvereinbarungen durch die HGF nach wie vor grundsätzlich geschützt sind, kann die Kartellbestimmung den Schutz der Freiheit der Aussenseiter, der prinzipiell weiterhin ausschliesslich auf Grund des Persönlichkeitsrechts, insbesondere nach Massgabe des Grundsatzes der Zweckproportionalität zur verwirklichen ist, nur insofern verbessern, als nunmehr zufolge entsprechender kartellgesetzlicher Vorschriften der Zweck des Organisationszwanges selbst, eben die monopolistische Preisbeeinflussung, auch aus wirtschaftspolitischen Gründen, in einem weiteren Masse als nur im Hinblick auf die Verhütung des Wuchers in Frage gestellt werden kann¹⁴. Ähnlich verhält es sich mit dem Schutz der Kartellmitglieder. Die grundsätzliche Anerkennung der Kartelle durch den Verfassungsgesetzgeber bedingt die Anerkennung der kollektiven Bindung der einzelnen Unternehmer an sich. Nur in qualifizierten Fällen kann die Kartellbindung als übermässig freiheitsbeschränkend betrachtet werden. Eine Differenzierung darf nun aber nicht in der Weise vorgenommen werden, dass nur schwächere Kartelle, z. B. Konditionenkartelle als zulässig erachtet werden, während man festgefügte Kartelle, z. B. Verkaufssyndikate als mit dem Eigenwert der Selbständigkeit der angeschlossenen Unternehmer unvereinbar erklärt: der grundsätzlich weiterhin aufrechterhaltene Schutz der Kartelle vor staatlichen Eingriffen durch die HGF bezieht sich gleichmässig auf alle Kartellarten. Wenn ein Preis unterkalkuliert ist, muss es den Unternehmern möglich sein, entsprechend wirksame, einschneidende Bindungen einzugehen, sofern das grundsätzliche Recht zur Kartellierung überhaupt einen Sinn haben soll. Als schädlich könnte eine zeitlich übermässige Kartellbindung qualifiziert werden: eine gewisse zeitliche Beschränkung für Kartellvereinbarungen ist jedoch mit der HGF vereinbar, und es muss hiefür nicht die Kartellbestimmung angerufen werden¹⁵. Unvereinbar mit der prinzipiellen Anerkennung der monopolistischen Preisbeeinflussung als eines legitimen Zweckes wirtschaftlicher Organisation wäre jedoch die Beschränkung der Kartelle auf eine spezielle Gesellschaftsform; damit würde eine generelle Diskriminierung der monopolistischen gegenüber anderen wirtschaftlichen Organisationen erfolgen, die gegen die HGF verstösst¹⁶. Ein Vorschlag, mit der

¹⁴ Vgl. oben S. 96/8.

¹⁵ Vgl. oben S. 93.

¹⁶ Vgl. oben S. 93/4.

Kartellbestimmung eine Kompetenz zu schaffen, die Kartellbindungen ganz generell einer besonderen Regelung zu unterwerfen, wurde im Nationalrat ausdrücklich abgelehnt⁴⁷. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Garantie der Freiheit der Kartellmitglieder und Aussenseiter gegenüber dem monopolistischen Organisationszwang, soweit diese Freiheit als Eigenwert und nicht um der freien Konkurrenz willen geschützt werden soll, nach wie vor ausschliesslich aus dem allgemeinen zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht abzuleiten ist; ein vermehrter Schutz der Kartellmitglieder und Aussenseiter als Folge der Einschränkung der HGF durch die Kartellbestimmung ist nur insofern möglich, als der primäre Zweck des Organisationszwanges, die monopolistische Preisbeeinflussung, nunmehr auf Grund besonderer Vorschriften in Abweichung von der HGF auch unterhalb der Wuchergrenze als widerrechtlich erklärt werden könnte.

Welcher Preis, der in einem monopolistisch organisierten Wirtschaftszweig erzielt wird, ist nun als volkswirtschaftlich oder sozial schädlich zu betrachten, so dass eine Intervention auf Grund der Kartellbestimmung erfolgen kann? Aus dem Grundsatz, dass die Kartellbestimmung nur zur Bekämpfung monopoltypischer Auswirkungen berechtigt, ergibt sich vorerst, dass nicht der privatwirtschaftliche Profit an sich geschmälert werden darf, auch wenn er z. B. infolge einer günstigen Konjunkturlage sehr hoch sein sollte, sondern dass nur jener Teil des Unternehmergewinns begrenzt werden darf, der auf die durch einen Unternehmerzusammenschluss begründete Marktbeherrschung zurückgeht⁴⁸. Eine wichtige Abgrenzung für den Begriff des schädlichen Monopolpreises ergibt sich ferner aus der grundsätzlichen Anerkennung der Kartelle und ähnlicher Organisationen: schädlich im Sinne der Kartellbestimmung ist der Preis nie schon darum, weil er über dem freien Konkurrenzpreis liegt; indem nicht die monopolistische Preisbeeinflussung an sich, sondern nur daraus hervorgehende, besonders qualifizierte Missbräuche bekämpft werden dürfen, ist es begrifflich ausgeschlossen, dem Urteil über einen möglicherweise schädlichen Monopolpreis den freien Konkurrenzpreis als Masstab zugrunde zu legen⁴⁹. Eine missbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung liegt erst dann vor, wenn in einer monopolistisch

⁴⁷ Vgl. Anm. 39.

⁴⁸ Böhm, Monopolkampf 50.

⁴⁹ Gl. M. Wolfers 70; Tanner 102/3; Marbach, Antimonopolistische Intervention 218.

organisierten Branche «überdurchschnittliche (das landesübliche Mass übersteigende) Gewinne»⁴⁹ erzielt werden. Die monopolistisch organisierten Unternehmer sollen sich nicht auf Kosten der Konsumenten durch künstliche Manipulationen in einem auffallenden Masse bereichern; eine solche Bereicherung, das wäre eine sozial schädliche Auswirkung, das wäre es, was die Grenzen einer «gesunden Kalkulation und allseitig tragbaren Preisbildung»⁵⁰ überschreiten würde. Nun stellt sich aber hinsichtlich der Kartelle und Kartelloide die Frage, welche Unternehmung masgebend sein soll, wenn es gilt, die Kosten zu bestimmen, von denen aus bei einem gegebenen monopolistischen Preis die übermässige Höhe eines Gewinnes nachzuweisen ist. Hier muss nun das Erfordernis der Berücksichtigung des Gesamtinteresses begrenzend wirken. Es darf nicht im einseitigen Interesse der Konsumenten von der am rationellsten arbeitenden Unternehmung mit den tiefsten Kosten ausgegangen werden, sondern es muss berücksichtigt werden, dass durch die Kartellierung schwächeren Unternehmungen die Weiterexistenz und Erholung ermöglicht, benachteiligten Landesgegenden die Gelegenheit zur wirtschaftlichen Aktivität erhalten werden soll, so dass eher von den Kosten von Unternehmungen ausgegangen werden soll, die unter verhältnismässig ungünstigen Bedingungen arbeiten, wenn damit auch einzelnen Unternehmern die Erzielung einer erheblichen Differentialrente ermöglicht wird⁵¹. Es wurde u. E. durchaus zu Recht die Forderung aufgestellt, dass bei der Beantwortung der Frage, ob ein Wirtschaftszweig im Sinne von BV 31 bis III a in seiner Existenz gefährdet sei, auf die Lage eines durchschnittlichen, an sich leistungsfähigen Betriebs und nicht auf diejenige eines besonders gefährdeten Betriebs abzustellen sei^{51a}. Bei der Frage, ob von einer schädlichen Kartellwirkung im Sinne von BV 31 bis III d gesprochen werden könne, liegen die Verhältnisse jedoch gerade umgekehrt, indem hier die Berücksichtigung weniger leistungsfähiger Betriebe Eingriffe in die HGF nicht fördert, sondern vielmehr hemmt. Vom Standpunkt einer freiheitlichen Verfassung aus gesehen ist es durchaus gerechtfertigt, bei der Feststellung der Existenzgefährdung einer Branche hinsichtlich der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit dort, wo der Staat selbst helfend eingreifen soll (lit. a), strengere Masstäbe anzulegen als dort, wo es gilt, Selbsthilfemassnahmen des betreffenden

⁴⁹ Marbach, a.a.O., 217, Anm. 1.

⁵⁰ Vgl. Motion Feldmann, oben S. 144/5.

⁵¹ Vgl. oben S. 122/3.

^{51a} Marti 170.

Wirtschaftszweiges im Interesse anderer Wirtschaftsgruppen staatliche Schranken aufzuerlegen (lit. d). Die Berücksichtigung von schwächeren Unternehmungen wird wohl vorausgesetzt, wenn in der Motion Feldmann von einer «*allseitig* tragbaren Preisbildung» die Rede ist; es ist auch daran zu erinnern, dass der Bundesrat für eine Beschänkung der Kompetenz zur Kartellgesetzgebung auf eine Missbrauchsbekämpfung ins Feld geführt hat, dass die Kartellierung in der Benzinbranche ermöglichte, «für die ganze Schweiz einen einheitlichen Benzinpreis aufzustellen, was insbesondere den Gebirgsorten und der Hotellerie zugute kommt⁵²». Andererseits — und hier kann nun eher von der Verhinderung volkswirtschaftlich, nicht sozial schädlicher Auswirkungen gesprochen werden — dürfen die monopolistisch beeinflussten Preise nicht so hoch sein, dass dadurch eine Uebersetzung der betreffenden Branche bewirkt und der Wille zur Rationalisierung geschwächt wird, dürfen also für die Berechnung der Gewinnhöhe nicht auch die Kosten der untüchtigsten Branchenangehörigen berücksichtigt werden⁵³; so heisst es in der Botschaft zu den neuen Wirtschaftsartikeln: «Es ist zu vermeiden, dass der berechnete Fortschritt unterbunden wird und dass eine Monopolisierung durch Untüchtige entsteht, die für das Ganze noch schlimmere Wirkungen zeitigen würde als das Monopol der Tüchtigen⁵⁴.» Die Feststellung der Kosten und dessen, was als übermässiger und zudem monopoltypischer Gewinn zu betrachten ist, wird nach dem Urteil der Nationalökonomien ohne Willkür und übermässigen bürokratischen Aufwand nur möglich sein, wenn man sich darauf beschränkt, wirklich «krasse Preisüberforderungen», «starke Ueberhöhungen des Monopolpreises» zu bekämpfen, wenn man lediglich dort eingreift, wo die missbräuchliche Ueberhöhung eines Preises auch mit Annäherungswerten festgestellt werden kann⁵⁵. Obschon die Kartellbestimmung nunmehr in Abweichung von der HGF eine staatliche Intervention gegenüber monopolistischen Preisen auch unterhalb der Wuchergrenze erlaubt, wird von ihr bei richtiger Anwendung trotzdem keinesfalls eine umwälzende Wirkung ausgehen, dient doch die Kartellierung nach der Meinung der überwiegenden Mehrheit der schweizerischen Wirtschaftswissenschaftler meist nur der Verhinderung unterkalkulierter Preise⁵⁶.

⁵² Vgl. oben S. 64/65.

⁵³ Vgl. oben S. 66.

⁵⁴ Botschaft 839.

⁵⁵ Liefmann 205; Lang 20/30, 59; Marbach, Ueber das Kartell 14; Wolfers 142/4.

⁵⁶ Vgl. oben S. 65 insb. Anm. 10; Einleitung S. 20; Kartellproblem.

§ 6. Einzelne Massnahmen zur Bekämpfung privatmonopolistischer Missbräuche in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit

I. VERSTAATLICHUNG UND KONKURRENZIERUNG DURCH STAATSBETRIEBE

Das radikalste Mittel zur Verhinderung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und ähnlicher Organisationen besteht in der Errichtung eines staatlichen Monopols für privatmonopolistisch organisierte Wirtschaftszweige. Die sozialdemokratische Motion Reinhard vom 12. April 1933¹ wollte dem Bund die Kompetenz zur Anwendung dieses Mittels erteilen, indem sie für privatmonopolistisch beherrschte Wirtschaftszweige die Schaffung gemeinwirtschaftlicher Organisationen vorsah². Eine generelle kantonale Kompetenz zur Verstaatlichung unter gewissen Voraussetzungen kann aus dem Vorbehalt der Regalrechte gemäss BV 31 II abgeleitet werden³. Es stellt sich die Frage, ob der Bund nunmehr auf Grund der Kartellbestimmung zur Verstaatlichung in irgend einer Form schreiten könnte, wenn sich in einem Wirtschaftszweig schädliche Auswirkungen eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation zeigen. Diese Frage wird von Homburger ausdrücklich bejaht⁴, u. E. jedoch zu Unrecht⁵. Die Kartellbestimmung erteilt dem Bund nicht die Kompetenz zur Aufhebung der Privatwirtschaft an sich, sondern nur zur Bekämpfung ihrer monopolistischen Auswüchse. Aus der Anerkennung der Kartelle und ähnlicher Organisationen als solcher durch den Verfassungsgesetzgeber folgt, dass die Unternehmer weiterhin das unter der Garantie von BV 31 I stehende, unverletzliche Recht haben, sich monopolistisch zu organisieren. Dieses Recht würde ihnen aber durch die Verstaatlichung genommen, auch wenn diese erst auf Grund einer schädlichen Auswirkung der privaten Monopolbildung erfolgen würde. Ist die Verstaatlichung einmal verwirklicht, können die Unternehmer nicht nur keine schädlichen, sondern überhaupt keine Kartelle mehr bilden; soweit darf aber die antimonopolistische Intervention eben gerade nicht gehen. Ferner ist zu bedenken, dass der Zweck der Kartellbestimmung zwar nicht in einer radikalen Erzwingung,

¹ Sten Bull NR 1939, 319 ff.

² Vgl. auch Deutsche Gewerkschaften.

³ Vgl. oben S. 116/7.

⁴ Homburger 101, Anm. 294.

⁵ Gl. M. Geyer.

aber doch in der Stärkung der freien Konkurrenz besteht⁶; diesem Zweck würde aber durch eine Verstaatlichung gerade entgegengehandelt. Im übrigen liesse sich die Verstaatlichung monopolistisch organisierter Wirtschaftszweige, auch wenn sie an sich erlaubt wäre, wohl nie mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit vereinbaren, indem weniger weitgehende Massnahmen, insbesondere der Erlass von Höchstpreisvorschriften, zur Verhinderung einer schädlichen Preisbildung von Seiten der Kartelle und ähnlicher Organisationen vollauf genügen.

Aus der Verneinung der Zuständigkeit des Bundes zur Errichtung eines Monopols auf Grund der Kartellbestimmung ergibt sich zugleich die Unzulässigkeit einer lediglich auf diese Verfassungsnorm gestützten Konkurrenzierung schädlicher Kartelle und ähnlicher Organisationen durch eidgenössische Staatsbetriebe⁷. (Für die Kantone kann eine entsprechende Kompetenz aus dem Vorbehalt der Regalrechte gegenüber der HGF gemäss BV 31 II abgeleitet werden.) Wie die Errichtung eines rechtlichen Monopols, so würde auch diejenige eines Staatsbetriebes in Konkurrenz zu den privaten Unternehmern die Privatwirtschaft nicht allein in ihrer monopolistischen Form beeinträchtigen, sondern immer einen Einbruch in die Privatwirtschaft an sich darstellen; damit würde aber die Beschränkung der HGF weiter gehen, als es auf Grund der Kartellbestimmung zulässig ist. Der Staat erhält bei seiner gewerblichen Tätigkeit gegenüber den privaten Konkurrenten zwangsläufig ein Uebergewicht; daraus ergibt sich ein faktisches Monopol oder doch zumindest die durch Rechtsschranken nie ganz auszuschaltende Gefahr der Entstehung eines solchen, so dass die staatliche gewerbliche Tätigkeit der rechtlichen Monopolisierung vom Standpunkt der HGF aus gleichgestellt werden muss. Wenn der Bund ein schädliches Kartell konkurrenzieren wollte, so müsste er hiebei zum mindesten an gesetzliche Vorschriften gebunden werden, die es ihm verunmöglichen, bei seiner Preisbildung die durch den Begriff der Kartellschädlichkeit im Sinne der Kartellbestimmung gezogenen Grenzen zu unterschreiten; ob dies jedoch praktisch mit der Notwendigkeit vereinbart werden kann, einem Staatsbetrieb eine gewisse kaufmännische Bewegungsfreiheit zu lassen, erscheint fraglich. Der Bund müsste ferner seine gewerbliche Tätigkeit, bei der er sich auf

⁶ Nach der Botschaft, 841, sollte die Revision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung die Wiederherstellung der ursprünglichen Grundgedanken der freiheitlichen Wirtschaftsverfassung ermöglichen; die *Selbstregulierung* der Wirtschaft soll überwacht und wiederhergestellt werden.

⁷ Vgl. oben S. 116/7 und die dort angeführte Literatur.

die Kartellbestimmung beruft, sofort einstellen, wenn das konkurrenzierte Kartell sich auflösen oder zu einer nicht mehr als schädlich zu qualifizierenden Preisbildung übergeben würde; die Gründung von Staatsbetrieben, über denen das Damoklesschwert der sofortigen Auflösung schwebt, erscheint jedoch praktisch unmöglich.

II. PREISVORSCHRIFTEN ⁸

Als direkteste wirtschaftspolitische Massnahme, die vom Staate zum Schutze der Konsumenten gegenüber Kartellen und ähnlichen Organisationen ergriffen werden kann, wenn nur eine Missbrauchsbekämpfung und kein prinzipielles Verbot in Frage kommt, wird der Erlass von Höchstpreisvorschriften vorgeschlagen ^{9, 10}. Die Kartellbestimmung bietet für ein Verbot übermässiger Preisforderungen durch Unternehmer, die einem monopolistisch organisierten Wirtschaftszweig angehören, grundsätzlich ohne Zweifel eine durchaus genügende Grundlage. Die staatliche Preisregulierung wird aber keineswegs immer eine zweckmässige Waffe im Kampf gegen Monopole sein, weil sie oft zu einer Preiserstarrung zu Ungunsten der Konsumenten führt, indem die Höchstpreise gleich wie kartelloide minimale Richtpreise wirken ¹¹. Die Umschreibung der materiellen und formellen Voraussetzungen, unter denen Höchstpreisvorschriften in Anwendung der Kartellbestimmung aufgestellt werden können, wurde vorne bereits weitgehend vorweggenommen ¹². Die in Vollziehung eines Kartellgesetzes erlassenen Höchstpreise müssten für die Anbieter der betreffenden Ware ganz allgemein verbindlich sein, ob es sich nun um Mitglieder der fraglichen monopolistischen Organisation oder um Aussenseiter handle. Es bestehen keine Gründe für eine unterschiedliche Behandlung der Aussenseiter und der monopolistisch organisierten Unternehmer hinsichtlich der Preisreglementierung, welche die Erschwerung rechtfertigen könnten, die sich für den Vollzug der Höchstpreisvorschriften ergeben müsste, wenn die Ahndung ihrer Uebertretung durch den Strafrichter vom Beweise der Mitgliedschaft bei einem Kartell oder einer

⁸ Ueber die polizeilich motivierten Höchstpreisvorschriften vgl. oben S. 96 ff.

⁹ Nef, HGF 45; Wolffers 71; Wolffers 138; Liefmann 228; Haussmann, Wirtschaftliche Konzentration 329.

¹⁰ Für Nachfragekartelle kommen entsprechend Mindestpreise in Frage.

¹¹ Lautner, Preisüberwachung und Reaktivierung der Preisreglementierung, «Wirtschaft und Recht» 3 (1951) 188; Preisbildungskommission, Sonderheft 31, 28; Sonderheft 35, 29, 46; Sonderheft 57, 14; Aeberhard 9.

¹² Vgl. oben S. 126 ff., insb. Anm. 32a, 40a, S. 148/50.

ähnlichen Organisation abhängig gemacht würde. Die Feststellung dessen, was in bezug auf eine bestimmte Ware eine «allseitig tragbare Preisbildung» darstellt, wäre in sich selbst widerspruchsvoll, wenn sie nicht allgemein gelten würde¹³. Die Verbindlichkeit antimonopolistischer Höchstpreisvorschriften für die Aussenseiter hat in der Kartellbestimmung eine durchaus genügende verfassungsmässige Grundlage, denn die Möglichkeit für den Aussenseiter, übermässig hohe Preise zu fordern, ist — immer unter der Voraussetzung, dass es sich in jeder Beziehung um die gleiche wirtschaftliche Leistung handelt, auf welche sich die Höchstpreisvorschrift bezieht — eine unmittelbare Folge der Konkurrenzbeschränkung in der betreffenden Branche^{13a}. Andererseits ist aber zu beachten, dass Höchstpreisvorschriften, die für einen monopolistisch organisierten Wirtschaftszweig erlassen wurden, sofort aufgehoben werden müssen, wenn sich das betreffende Kartell oder die ähnliche Organisation auflöst, und zwar auch dann, wenn die Preise eine Höhe erreichen, die vorher, als die Kartellbestimmung noch anwendbar war, als schädlich bezeichnet wurde; in einem solchen Fall erweist sich dann die auf Grund der Kartellbestimmung vorgenommene staatliche Preisfestsetzung nachträglich als ungerechtfertigt, indem sie nicht nur die Erzielung eines übermässigen zusätzlichen, monopolistischen Unternehmergewinnes verhinderte, sondern darüber hinaus auch jenen Unternehmergewinn schmälerte, der sich auch bei freier Konkurrenz erzielen lässt.

Der Erlass von Preisvorschriften käme theoretisch auch zur Bekämpfung schädlicher, monopolistisch organisierter Dumpings in Frage¹⁴, wobei es sich in diesem Falle um *Minimalpreise* handeln würde. In praxi sollte jedoch auf die Anwendung dieses antimonopolistischen Interventionsmittels verzichtet werden, weil ein strenger Beweis — und ein solcher muss verlangt werden — dafür, dass ein Verkauf zu Verlustpreisen eine

¹³ Gl. M. Wolffers 71.

^{13a} Es ist allerdings denkbar, dass einzelne Aussenseiter, deren Kosten besonders hoch sind, infolge der Unterstellung unter Höchstpreisvorschriften nicht mehr existieren könnten, während ihre Existenz bei freier Konkurrenz aus ausserwirtschaftlichen Gründen gesichert wäre (vgl. oben S. 21). Daraus darf aber keineswegs gefolgert werden, die Anwendung antimonopolistischer Höchstpreisvorschriften auf Aussenseiter sei generell ausgeschlossen; dies umso weniger, als durch die Preisreglementierung auch einzelne Kartellmitglieder mit ungünstigen Kostenverhältnissen zur Aufgabe ihrer Tätigkeit gezwungen werden können und eine unterschiedliche Behandlung solcher Kartellmitglieder im Vergleich zu Aussenseitern, deren wirtschaftliche Lage identisch ist, doch kaum gerechtfertigt werden könnte.

¹⁴ Ueber die grundsätzliche Frage, wie weit auf Grund der Kartellbestimmung gegen Monopolkampfmassnahmen eingeschritten werden kann, vgl. oben S. 145 ff.

Monopolkampfmassnahme darstellt und nicht einer unter dem Gesichtspunkt der Kartellbestimmung legitimen, konkurrenzkonformen Kalkulation entspringt, meist nur sehr schwer zu erbringen ist¹⁵.

III. DAS KARTELLREGISTER¹⁶

Beim Erlass der Kartellbestimmung dachte man vor allem an die Einführung einer gewissen Publizitätspflicht für Kartelle und ähnliche Organisationen¹⁷. Der Vollzug von öffentlich-rechtlichen Vorschriften gegen schädliche privatmonopolistische Auswirkungen ist nicht gut denkbar ohne die Pflicht der betroffenen monopolistisch organisierten Unternehmer, die zuständigen Behörden selbst bis zu einem gewissen Grade über die Tatsache der Preisbeeinflussung an sich und über die für sie massgebenden wirtschaftlichen Daten aufzuklären^{17a}; die grundsätzliche Kompetenz zur Statuierung einer speziellen Publizitätspflicht für Kartelle und ähnliche Organisationen lässt sich also nicht nur historisch, sondern auch systematisch-teleologisch aus der Kartellbestimmung ableiten. Aber auch wenn sonst noch gar keine besonderen Vorschriften gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen aufgestellt sind, ermächtigt die Kartellbestimmung den Gesetzgeber dazu, die Unternehmer hinsichtlich ihrer monopolistischen Zusammenschlüsse zu einer gewissen Publizität zu verpflichten, denn auf diese Weise kann ja vielleicht erst eindeutig entschieden werden, ob solche Vorschriften überhaupt erlassen werden können und sollen. Die Publizitätspflicht, verbunden mit der Drohung einer staatlichen Intervention im Falle des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung, wird andererseits — so hofft man wenigstens — den Erlass weitergehender antimonopolistischer Vorschriften eventuell gerade unnötig machen. Die Bestimmungen über die Publizitätspflicht richten sich notwendigerweise an alle, nicht nur an die schädlichen Kartelle und ähnlichen Organisationen; sie verletzen die in BV 31 I in Verbindung mit der Kartellbestimmung weiterhin enthaltene grundsätzliche Garantie der monopolistischen Organisationsfreiheit nur dann, wenn die Publizitätspflicht weiter geht, als es zur Bekämpfung schädlicher monopolistischer Auswirkungen notwendig ist, wenn sie ein-

¹⁵ Vgl. oben S. 47; Böhm, Monopolkampf 279/81, 292/308.

¹⁶ Vgl. für das folgende oben S. 104 ff. und die dort angeführte Literatur.

¹⁷ Botschaft 889; NR-Kommission, Protokoll zur 1. Session vom 24./27. 1. 38, 75.

^{17a} Liefmann 394; Lang 56, 60.

deutig darauf gerichtet sind, die Kartell- und Trustbildung als solche zu hemmen.

Wenn man von einer besonderen Publizitätspflicht für Kartelle und ähnliche Organisationen spricht, so denkt man in erster Linie an die Pflicht zur Anmeldung von kartellmässigen und kartelloiden Vereinbarungen und von trustbildenden gesellschaftsrechtlichen Verbindungen bei einem Kartellregister. Die Registerpflicht sollte sich aber — in Abweichung vom Entwurf Gysin, Art. 8 II und 11 I¹⁸ — nur auf die Tatsache des monopolistischen Zusammenschlusses als solche erstrecken und nicht soweit gehen, dass auch die Art der Preisbeeinflussung im einzelnen, die genaue Höhe der Minimalpreise oder Produktionskontingente, Zahl und Namen der Mitglieder usw. zum voraus bekannt gegeben werden müssten¹⁹. Die nähere Bekanntgabe des Inhalts und Umfangs kartellmässiger und kartelloider Vereinbarungen²⁰ sollte vielmehr auf Grund einer besonderen, gesetzlich genau umschriebenen Auskunftspflicht nur dann erfolgen müssen, wenn die mit einer Kartellenquête oder mit dem Vollzug eines bereits bestehenden Kartellgesetzes beauftragte Behörde im Einzelfall die Einleitung einer detaillierten Untersuchung für notwendig hält. Die Schädlichkeit der Preisbeeinflussung durch ein Kartell muss in erster Linie auf Grund der konkreten wirtschaftlichen Tatsachen ermittelt werden, während der Inhalt der entsprechenden Vereinbarungen, der ja nach dem Urteil der Nationalökonomien sehr oft toter Buchstabe bleibt²¹, erst in zweiter Linie als Untersuchungsobjekt in Frage kommt. Die einzelnen Bestimmungen einer Kartellvereinbarung, die der stets wechselnden Konjunkturlage angepasst werden müssen, können sehr schnell ändern, so dass die Pflicht zu ihrer detaillierten Eintragung in ein Register einen übermässigen und unnötigen, mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht vereinbaren Eingriff in das Recht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses darstellen würde und praktisch zu einer unzulässigen Hemmung der an sich weiterhin geschützten organisatorischen Monopolbildung führen müsste. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit

¹⁸ Vgl. oben S. 104/5.

¹⁹ Auch die krisenrechtliche Kartellregisterpflicht (Vfg. Nr. 3 des EVD betr. die Überwachung von Warenpreisen (Anmeldung von Preisabreden) vom 10. 8. 37, AS 52, 542; vgl. oben S. 105) erstreckte sich nur auf die Tatsache der Preisbindung als solche und nicht auf den näheren Inhalt der Preisabreden.

²⁰ Eine nähere Umschreibung der trustmässigen monopolistischen Bindungen erübrigt sich von vornherein, weil die Bindung der Trustmitglieder eine absolute ist.

²¹ Vgl. oben S. 68, Anm. 24.

keit wäre durch eine auch Details erfassende, allgemeine Registerpflicht für Kartelle und ähnliche Organisationen umso mehr verletzt, als sich monopolistische Unternehmerzusammenschlüsse in praxi nach der herrschenden schweizerischen Volkswirtschaftslehre nur in seltenen Fällen als schädlich erweisen²².

Die Publizitätspflicht für Kartelle und ähnliche Organisationen, die auf Grund der Kartellbestimmung statuiert wird, darf nicht weiter gehen, als es zur Verhinderung schädlicher Auswirkungen notwendig ist. Daraus folgt, dass wohl alle Kartelle und ähnlichen Organisationen zur Anmeldung bei einem Kartellregister verpflichtet werden können, soweit dieses ausschliesslich Behörden und Behördemitgliedern zur Einsicht offensteht, welche abklären müssen, ob überhaupt der Erlass eines Kartellgesetzes in Frage kommt, oder welche ein solches Gesetz anwenden sollen, dass aber — im Gegensatz zu der im Entwurf Gysin, Art. 11 I, II, getroffenen Lösung — keineswegs auch Private allgemein oder nach freiem Ermessen einer Behörde zur Einsichtnahme in ein Kartellregister zugelassen werden dürfen. Soweit, als ein Kartellregister Angaben über solche Kartelle und ähnlichen Organisationen enthält, die nicht als schädlich im Sinne der Kartellbestimmung qualifiziert werden können, muss sein Inhalt streng geheimgehalten werden. Nur hinsichtlich schädlicher monopolistischer Organisationen kommt eine erweiterte Publizitätspflicht zugunsten bestimmter, ein besonderes Interesse nachweisender Privater oder der Oeffentlichkeit ganz allgemein in Frage, wobei dadurch dann eventuell die Entwicklung eines Aussenseitertums erleichtert oder die schädliche Monopolbildung sonst irgendwie gehemmt wird.

Unvereinbar mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit wäre auf Grund der gegenwärtigen Sachlage die Verbindung eines Kartellregisters mit einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, dergestalt, dass der Registereintrag, von dem andererseits die Erlaubnis zur Bildung eines Kartells oder einer ähnlichen Organisation abhängen würde, im Falle der Gefahr schädlicher Auswirkungen auf Grund einer amtlichen Vorprüfung von der Registerbehörde verweigert werden könnte²³. Angesichts der grossen Zahl von Kartellen und Kartelloiden²⁴ und mit Rücksicht auf die grossen Schwierigkeiten, denen man bei der Beurteilung der Schädlichkeit einer

²² Vgl. oben S. 64/6.

²³ Vgl. oben S. 137/8. Eine Verbindung von Registerzwang und Verbot mit Erlaubnisvorbehalt besteht in Oesterreich, NZZ 338/1953

²⁴ Vgl. oben S. 67.

monopolistischen Organisation begegnet^{25, 26}, würde eine Vorprüfung infolge ihrer Langwierigkeit die Bildung monopolistischer Organisationen ganz allgemein erheblich erschweren. Diese Erschwerung, die einen Eingriff in die durch BV 31 I in Verbindung mit der Kartellbestimmung grundsätzlich weiterhin garantierte Freiheit der Unternehmer zum monopolistischen Zusammenschluss darstellt, würde in keinem Verhältnis stehen zur Gefahr schädlicher monopolistischer Auswirkungen, die ja von den Nationalökonomern im Vergleich zur Intensität der Kartellierung eher als gering eingeschätzt wird²⁷ und die sehr wohl auch repressiv bekämpft werden kann²⁸.

Als wichtigste Sanktion für den Fall der Verletzung der Registerpflicht kommt die zivilrechtliche Ungültigkeit der entsprechenden Vereinbarungen in Frage, die allerdings für die Kartelloide ohne Bedeutung ist²⁹. Bei den Trusts ist an die Aberkennung der juristischen Persönlichkeit für die eintragungspflichtigen Gesellschaften zu denken, die demnach als einfache Gesellschaften anzusehen wären, denen dann ihrerseits die rechtliche Verbindlichkeit abgesprochen werden könnte. Strafrechtliche Sanktionen sind prinzipiell nicht ausgeschlossen, könnten jedoch in praxi in vielen Fällen nicht angewendet werden, weil angesichts der Schwierigkeit, den monopolistischen Charakter einer wirtschaftlichen Organisation zu bestimmen, der Nachweis eines Verschuldens im Falle der Nichteintragung oft unmöglich wäre.

IV. MONOPOLSTEUERN UND AUSSENSEITERSUBVENTIONEN³⁰

In der Kompetenz des Bundes, die HGF auf Grund der Kartellbestimmung einzuschränken, ist auch die Befugnis enthalten, die private organisatorisch-monopolistische Erwerbstätigkeit einer speziellen fiskalischen Belastung auszusetzen, soweit schädliche monopoltypische Auswirkungen festgestellt werden und sofern die Erhebung einer Monopolsteuer als angemessenes Mittel zu deren Verhinderung gerechtfertigt werden kann. Die besondere, zusätzliche Besteuerung von schädlichen Kartellen und

²⁵ Vgl. oben S. 66.

²⁶ Man kann sich auch fragen, ob ein Urteil über die Schädlichkeit einer monopolistischen Organisation praeventiv, vor ihrem Eintritt ins Wirtschaftsleben, überhaupt gefällt werden könnte und dürfte.

²⁷ Vgl. oben S. 64 ff.

²⁸ Marti 117/8.

²⁹ Entwurf Gysin § 8 III, IV.

³⁰ Vgl. oben S. 108 ff.

ähnlichen Organisationen durch den Bund stellt nicht etwa einen Einbruch in die kantonale Steuerhoheit (für den die Kartellbestimmung als verfassungsmässige Grundlage nicht genügen würde) dar, denn die Kantone haben ja infolge der Garantie der HGF von vornherein kein Recht zur Erhebung einer Monopolsteuer³¹. Der Verfassungsgesetzgeber wollte allerdings dem Bund mit der Kartellbestimmung keine neue fiskalische Kompetenz geben, ob sie nun die kantonale Steuerhoheit beeinträchtigt oder nicht: soweit sich eine Monopolsteuer als angemessenes Mittel zur Verhinderung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen rechtfertigen liesse, wäre ihr fiskalischer Charakter aber nur sekundärer, zufälliger Natur, und sie müsste gemäss ihrer primären Aufgabe als eine auf Grund der Kartellbestimmung zulässige Massnahme anerkannt werden. Es ist hiebei insbesondere auch zu beachten, dass der Bund ja nicht eine neue Steuer zur zusätzlichen Belastung schädlicher Monopole erheben müsste, sondern dass er die von ihm bereits erhobenen Steuern, z. B. die Wehr- oder die Umsatzsteuer, im Sinne einer besonderen, prohibitiven Belastung schädlicher Kartelle und ähnlicher Organisationen ausgestalten könnte, wozu er, abgesehen von der Kompetenz zum Abweichen von der HGF, keiner neuen Kompetenz bedürfte. Trotzdem kommt u. E. eine besondere fiskalische Belastung schädlicher monopolistischer Organisationen (resp. ihrer Mitglieder) unter Berufung auf die Kartellbestimmung nicht in Frage, und zwar darum nicht, weil die Erhebung einer Monopolsteuer, in welcher Form sie immer erfolge, nicht als ein angemessenes Mittel zur Verhinderung schädlicher monopolistischer Auswirkungen gerechtfertigt werden kann³². Wenn die Unternehmer ihre übermässigen, durch einen monopolistischen Zusammenschluss bedingten Gewinne dem Fiskus abliefern müssen, besteht keinerlei Gewähr dafür, dass sie darum ihre Preise senken, sondern es ist ebenso wohl möglich, dass sie gestützt auf ihre marktbeherrschende Stellung die fiskalischen Lasten auf die Konsumenten abwälzen werden³³. Dann erweist sich aber die Erhebung einer Monopolsteuer ihrer Wirkung nach praktisch doch vorwiegend als eine fiskalische Massnahme, für welche die Kartellbestimmung keine genügende verfassungsmässige Grundlage darstellt; vom Standpunkt der HGF aus gesehen handelt es sich bei der Erhebung einer Monopolsteuer dementsprechend um einen

³¹ Fleiner/Giacometti 68/9.

³² Vgl. darüber die eingehenden Untersuchungen Langs, 38 ff., 59.

³³ Lang, a.a.O.; Liefmann 400/1.

unzulässigen wirtschaftspolitischen Eingriff in die monopolistische Organisationsfreiheit, der nicht auf die Kartellbestimmung gestützt werden kann, weil er die Verhinderung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen keineswegs garantiert und demnach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit widerspricht. Das Bundessteuerrecht kann auf Grund der Kartellbestimmung nur insoweit in den Dienst der Bekämpfung monopolistischer Missbräuche gestellt werden, als für Aussenseiter schädlicher Kartelle und ähnlicher Organisationen Steuererleichterungen vorgeschrieben werden können. Entsprechend können solche Aussenseiter, wenn sie z. B. einen Preiskampf zu bestehen haben, auch durch Subventionen unterstützt werden. Es handelt sich in diesen Fällen um die Anwendung einer indirekten Methode bei der Bekämpfung schädlicher Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen, wobei jedoch die staatliche Kontrolle im Vergleich zum direkten Eingriff, der in der Festsetzung von Höchstpreisen bestehen würde, nicht so weitgehend gelockert werden kann, wie das oft gehofft wird, weil ja vorerst ebenfalls von Amtes wegen systematisch untersucht werden muss, ob überhaupt eine monopolistische Organisation besteht und ob sie schädliche Auswirkungen zeitigt. Die Bedingungen, unter denen Aussenseitern schädlicher monopolistischer Organisationen Steuererleichterungen oder Subventionen zu gewähren sind, können auf Grund der Kartellbestimmung in Abweichung von der HGF so gestaltet werden, dass die Begünstigten z. B. verpflichtet werden, gewisse Höchstpreise einzuhalten.

V. DIE AUFHEBUNG DES PRIVATEN ORGANISATIONSZWANGS

a) Durch das Zivilrecht

Von seiten der Preisbildungskommission und ihres Präsidenten, Marbach³⁴, ferner von Naegeli³⁵ wird die Schaffung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, also praktisch insbesondere von Höchstpreisvorschriften, gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen abgelehnt und lediglich ein Ausbau des bereits bestehenden zivilrechtlichen Schutzes der Kartellmitglieder vor übermässigen monopolistischen Bindungen und der Aussenseiter vor Monopolkampfmassnahmen empfohlen, womit dann indirekt zugleich auch die Konsumenten — und

³⁴ Marbach, Antimonopolistische Intervention 222, 231; derslb., Kartellproblem 228.

³⁵ Kartellproblem 240/1.

zwar in durchaus wirksamer Weise — geschützt würden³⁶, ³⁷. Auf Grund der Kartellbestimmung ist es möglich, den bisherigen zivilrechtlichen Schutz der Kartellmitglieder und Aussenseiter³⁸ in der Weise zu steigern, dass Vereinbarungen, Gesellschaftsbeschlüsse und Monopolkampfmassnahmen, welche der Preisbeeinflussung dienen, vom Zivilrichter nach Massgabe besonderer Bestimmungen nunmehr auch aus wirtschaftspolitischen Gründen, eben aus dem Grunde der Schädlichkeit der Preisbeeinflussung im Sinne von BV 31 bis III d, für widerrechtlich erklärt werden³⁹. Es könnte nun also in das Zivilrecht eine Bestimmung aufgenommen werden, wonach der Richter im Streitfalle zwischen Kartell und Mitglied die Nichtigkeit einer Kartellvereinbarung, welche zu einer übermässigen Preiserhöhung führt, feststellen (ex tunc-Wirkung) oder ein sofortiges Kündigungsrecht (mit exnunc-Wirkung) gewähren müsste⁴⁰. In Uebereinstimmung damit könnte der Zivilrichter auch angewiesen werden, auf Klage eines Aussenseiters hin eine monopolistische Organisation zur Auflösung sekundärer Kartellvereinbarungen, welche eine schädliche Preisbeeinflussung ermöglichen sollen, zu verpflichten, entsprechende Monopolkampfmassnahmen als widerrechtlich zu erklären und

³⁶ Vgl. oben S. 99 und 145, 148.

³⁷ An zivilrechtliche Höchstpreisvorschriften, auf die Wolfers Bezug nimmt (71), hat wohl im Ernst nie jemand gedacht (abgesehen vom Verbot der Ueberschneidung gemäss OR 21). — Im Falle der Einführung öffentlich-rechtlicher Höchstpreisvorschriften würden besondere antimonopolistische Vorschriften des Zivilrechts überflüssig, indem dann vom Zivilrichter automatisch die Nichtigkeit von Vereinbarungen und die Widerrechtlichkeit von Monopolkampfmassnahmen festzustellen wäre, die einer Preisbeeinflussung über die durch die Höchstpreisvorschriften gesetzte Grenze hinaus dienen. Ist eine Verwaltungsbehörde grundsätzlich kompetent zum Erlass von Höchstpreisvorschriften, wird aber der Zivilrichter um die Auflösung eines Kartells angegangen, für das noch keine Maximalpreise festgesetzt sind, soll er sein auf Grund des allgemeinen Rechts zu fällendes Urteil aufschieben und einen Entscheid der Verwaltungsbehörde erwirken; vgl. Bascho, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1945) 83 ff. Entwurf Gysin Art. 22; Wolfers 71/2.

³⁸ Vgl. darüber oben S. 90 ff.

³⁹ Vgl. oben S. 148. Unzulässig wäre es freilich, wenn der Zivilrichter im Hinblick auf die Kartellbestimmung nun die Generalklauseln in ZGB 27/28, OR 19/20, 41, 49 einfach auch wirtschaftspolitisch und nicht mehr nur wirtschaftspolizeilich interpretieren würde. Die Aktualisierung der in der Kartellbestimmung enthaltenen neuen wirtschaftspolitischen Kompetenzen kann gemäss dem Prinzip der Gewaltentrennung auch auf dem Gebiete des Zivilrechts nur durch den Bundesgesetzgeber, durch die Schaffung neuer, speziell kartellpolitischer Bestimmungen erfolgen. Vgl. Homburger, Vollzug 280/1.

⁴⁰ Eine Auflösung von Trusts, die sog. «Einflechtung», wäre mit Rücksicht auf die rationalisierende Wirkung kapitalmässiger Unternehmerzusammenfassungen nur selten möglich; vgl. oben S. 142.

daraus eine Schadenersatzpflicht abzuleiten⁴¹. Nun wird allerdings die Ansicht vertreten, der Zivilrichter sei nicht fähig, in dieser Weise Wirtschaftspolitik zum mittelbaren Schutz der Konsumenten zu treiben; es handle sich hierbei um eine Aufgabe der freien Regierungstätigkeit, und der Zivilrichter könne bestenfalls eine Entscheidung zur seinigen machen, die materiell bereits durch nationalökonomische Experten getroffen worden sei⁴². Demgegenüber ist aber erneut zu betonen, dass es sich bei dem Urteil über die Schädlichkeit von Auswirkungen monopolistischer Organisationen um ein Stück Rechtsanwendung handelt, die per definitionem in den Aufgabenkreis des Richters fällt⁴³; sowohl in Amerika⁴⁴ wie durch die deutsche Kartellverordnung von 1923^{45, 46} wurde denn auch im wesentlichen der Richter mit dem Entscheid über die Zulässigkeit monopolistischer Zusammenschlüsse betraut, während die Verwaltung in beiden Fällen nur antragsberechtigt erklärt wurde. Dabei ist es keineswegs ausgeschlossen, als Kartellrichter den Zivilrichter einzusetzen und ihn zu verpflichten, bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Gültigkeit von Kartellvereinbarungen und Monopolkampfmassnahmen auch zu berücksichtigen, ob die damit verbundene Preisbeeinflussung volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sei oder nicht. Die Aufgabe, die ihm damit überbunden würde, wäre keineswegs fundamental verschieden von derjenigen, die er z. B. im Zusammenhang mit der Boykottklage bereits jetzt schon zu lösen hat: wenn das Bundesgericht einen Boykott als zweckdisproportional erachtet hat, der darauf gerichtet war, die Einhaltung eines Kartellpreises durch einen Aussenseiter für eine Ware zu erzwingen, deren Qualität nicht so gut war wie diejenige der von den Kartellmitgliedern angebotenen⁴⁷, wenn es ferner die Zulässigkeit der

⁴¹ BGE 76 II 281.

⁴² Wolfers; Tanner 106/7.

⁴³ Vgl. oben S. 134 ff.

⁴⁴ Schneeberger.

⁴⁵ Liefmann 241, Anhang.

⁴⁶ Es ist insbesondere an § 10 der deutschen Kartellverordnung zu erinnern, wonach der Kartellrichter für den Fall, dass ein Kartellvertrag die Gesamtwirtschaft schädigte, ein sofortiges Rücktrittsrecht gewähren konnte. Der Umstand, dass diese Bestimmung praktisch sehr wenig angewendet wurde, beweist keineswegs, dass die darin enthaltene Regelung unzweckmässig war, sondern ist ein Indiz dafür, dass man sehr wenig Kartelle als volkswirtschaftlich schädlich beurteilte; am Salzburger Juristentag 1928 wurde denn auch empfohlen, sich hinsichtlich der Kartellgesetzgebung mit den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen über den Persönlichkeitsschutz und die Unsittlichkeit zu begnügen, m. a. W. also alles wieder beim alten zu belassen; Liefmann 243.

⁴⁷ Vgl. oben S. 96; BGE 58 II 226 ff.

Boykottierung eines beitrtrittswilligen Aussenseiters davon abhängig machte, dass der betreffende Wirtschaftszweig durch ein vermehrtes Angebot in seiner Existenz gefährdet würde¹⁸, so traf es nationalökonomische Entscheide, die kaum weniger schwierig waren als die Feststellung der volkswirtschaftlichen oder sozialen Schädlichkeit von Kartellvereinbarungen. Es ist auch daran zu erinnern, dass das Bundesgericht als Zivilgericht bei seinen Entscheidungen über Boykottklagen im Grunde vielfach bereits — allerdings in verfassungswidriger Weise — von wirtschaftspolitischen Ueberlegungen ausgegangen ist¹⁹, so dass also durch den vorgeschlagenen wirtschaftspolitischen Ausbau des zivilrechtlichen Schutzes der Kartellmitglieder und Aussenseiter z. T. nur ein bereits bestehender Rechtszustand legalisiert würde. Es wäre gerade ein grosser Vorteil der ausschliesslichen Betrauung des Zivilrichters mit der wirtschaftspolitischen Einschränkung der privaten Monopolbildung, dass die rein zivilrechtlichen und die wirtschaftspolitischen Vorschriften, wenn sie — wie das zu erwarten ist — einem konkreten Kartell oder einer ähnlichen Organisation gegenüber gleichzeitig angerufen werden, in einem einheitlichen Verfahren angewendet würden und so ein tatsächlich in sich geschlossener Tatbestand auch verfahrensmässig als Ganzes, von allen Seiten zugleich beurteilt würde; das Dilemma, in dem sich der Zivilrichter oft befindet, wenn er bei der Beurteilung kartellistischer Tatbestände von wirtschaftspolitischen Ueberlegungen abstrahieren soll, könnte auf diese Weise weitgehend beseitigt werden²⁰. Selbstverständlich müsste der Zivilrichter bei der Beurteilung der Schädlichkeit einer Preisbeeinflussung auf nationalökonomische Experten abstellen^{20a}: die Abhängigkeit des Richters von den Experten — die übrigens eine allgemeine Erscheinung der Rechtssprechung darstellt — ginge aber keineswegs soweit, wie vielfach angenommen wird²¹, denn auch die Nationalökonomien können nach ihrem eigenen Zeugnis nur krasse Preisübermarchungen einwandfrei als schädliche monopoltypische Auswirkungen qualifizieren²², Preisübermarchungen also, die in ihrer Ungewöhnlichkeit im allgemeinen auch vom nichtfachmännischen Richter festgestellt werden können. Die Beschränkung der antimonomopolistischen Intervention auf die indirekte Methode des

¹⁸ Vgl. oben S. 96; BGE 76 II 292/3.

¹⁹ Vgl. oben S. 97; ferner Homburger, Bemerkungen zu BGE 76 II 281 ff.

²⁰ Vgl. Anm. 37.

^{20a} «Experte» könnte die Preisbildungskommission sein.

²¹ Vgl. Anm. 42.

²² Vgl. oben S. 150; vgl. insb. Lang 20/30, 59.

vermehrten Schutzes der Kartellmitglieder und Aussenseiter vor dem Organisationszwang wäre gerade darum sehr zu begrüßen, weil dadurch die Gefahr der Unterdrückung auch konkurrenzkonformer Gewinne und die Gefahr einer allgemeinen staatlichen Wirtschaftslenkung auf dem Weg der antimonopolistischen Preiskontrolle ausgeschaltet würden. Es ist allerdings zuzugeben, dass einer Regelung, nach der Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen, die für das Gesamtinteresse schädlich sind, nur auf dem Wege des Zivilrechts, das dem Schutz von Individualinteressen dient, bekämpft werden sollen, nach der also die von der Sorge um das Gemeinwohl diktierte antimonopolistische Intervention letztlich nur nach Massgabe einer auf die freie Konkurrenz gerichteten privaten Initiative möglich ist, an einem inneren Widerspruch krankt⁵³. Wenn eine Preisbildung als schädlich für die Volkswirtschaft beurteilt wird, so müsste sie logisch gesehen als solche verboten werden (was nur in der Form von Höchstpreisvorschriften geschehen könnte, die ein bestimmtes monopolistisches Verhalten an sich verbieten), und man sollte sich nicht damit begnügen, lediglich die rechtliche Unwirksamkeit von Vereinbarungen auszusprechen, welche die schädliche monopolistische Koalition im Falle der Uneinigkeit unter den Branchenangehörigen zusammenhalten sollen: der Schutz der Gesamtheit vor schädlichen monopolistischen Auswirkungen sollte ein unbedingter sein und nicht davon abhängen, dass einzelne Unternehmer erstens die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der freien Konkurrenz selbst anstreben und zweitens erst noch in diesem Sinne ein Prozessrisiko auf sich nehmen wollen⁵⁴. Andererseits ist aber zu bedenken, dass eine Rechtsordnung diesen Namen nur verdient, wenn sie auch wirklich durchgesetzt werden kann⁵⁵, und dass darum zivilrechtliche antimonopolistische Vorschriften, für deren Anwendung das gesamte, Aussenstehenden so schwer zugängliche Tatsachenmaterial durch die unmittelbar Beteiligten selbst beschafft werden muss⁵⁶ und die einen staatlichen wirtschaftspolitischen Eingriff in die Privatautonomie nur unter der Voraussetzung der Unterstützung wenigstens durch einen Teil der Unternehmer zulassen, unbedingt den

⁵³ Auf diesen Widerspruch hat mit aller Schärfe Burckhardt in seinem Referat über den Boykott am Juristentag 1927 hingewiesen; vgl. ZSR nF 46 (1927) 288a/9a; vgl. ferner Simonius 291/3.

⁵⁴ Vgl. oben S. 99.

⁵⁵ Burckhardt, Methode 251.

⁵⁶ Für den Fall, dass die in der Kartellbestimmung enthaltenen Kompetenzen lediglich auf zivilrechtlichem Wege aktualisiert werden sollen, ist demnach die Einführung eines Kartellregisters überflüssig.

Vorzug verdienen gegenüber öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die zwar eine lückenlose Erfassung aller schädlichen Monopolwirkungen verlangen würden, deren Anwendung jedoch praktisch infolge der Unmöglichkeit, eine lückenlose Kontrolle durchzuführen, welche nicht einen mit einer freiheitlichen Rechtsordnung unvereinbaren Polizeiapparat erfordert, immer bis zu einem gewissen Grade willkürlich bleiben müsste⁵⁷.

Angesichts des besonderen Charakters wirtschaftspolitischer antimonopolistischer Zivilrechtsbestimmungen, die ja nicht nur den Interessen der sich auf sie berufenden Kartellmitglieder und Aussenseiter, sondern darüber hinaus dem Gesamtinteresse, insbesondere den Konsumenten dienen sollen, kann man sich fragen, ob nicht für den Fall, dass sie durch private Schiedsgerichte (die in Kartellvereinbarungen sehr häufig vorgesehen sind und die erfahrungsgemäss die Gültigkeit der Kartellvereinbarungen, durch die sie eingesetzt sind, nicht in Zweifel ziehen) angewendet werden (oder angewendet werden sollten), eine vermehrte Kontrolle erfolgen sollte, z. B. in der Weise, dass gegen schiedsgerichtliche, auf Kartelle und ähnliche Organisationen sich beziehende Entscheide die Berufung an eine obere kantonale Instanz und an das Bundesgericht möglich gemacht würde^{58, 59}.

Zur Verstärkung des zivilrechtlichen Schutzes der Kartellmitglieder und Aussenseiter gegen den Organisationszwang wurde die Gewährung eines Verbandsklagerechts für Konsumentenorganisationen vorgeschlagen⁶⁰. Wenn sich ein solches Verbandsklagerecht lediglich auf die Geltendmachung von zivilrechtlichen Bestimmungen erstreckt, die auf Grund der Kartellbestimmungen einen wirtschaftspolitisch motivierten, dem Konsumenteninteresse dienenden Schutz der unmittelbar klageberechtigten Kartellmitglieder und Aussenseiter verwirklichen sollen und nicht, wie z. B. die Normen des ZGB über das allgemeine Persönlichkeitsrecht (27/3), ausschliesslich zum Schutze der unmittelbar Klageberechtigten selbst bestehen, lässt sich gegen ein solches Verbandsklagerecht prinzipiell nichts einwenden, sofern überhaupt angenommen werden kann, es bestehe eine Organisation, die wirklich Vertreterin der Konsumenten ist. Da es jedoch

⁵⁷ Ueber die willkürliche Anwendung der allgemeinen notrechtlichen Höchstpreisvorschriften vgl. Im Hof.

⁵⁸ In Zürich kommt gegen schiedsgerichtliche Entscheide nur eine Nichtigkeitsschwerde an das Obergericht in Frage (ZPO 369, OG 48), wobei hinsichtlich der Kartellschädlichkeit kaum je von einer Verletzung klaren Rechts die Rede sein kann.

⁵⁹ Wieland 112; Entwurf Gysin Art. 23; Wolffers 72.

⁶⁰ Vgl. oben S. 100/2.

sehr fraglich ist, ob es überhaupt solche Organisationen gibt, wäre an Stelle eines Verbandsklagerechts von Konsumentenorganisationen wohl eher die Gewährung einer Popularklage zur Durchsetzung der wirtschaftspolitischen antimonopolistischen Zivilrechtsvorschriften ins Auge zu fassen⁶¹.

b) Durch das öffentliche Recht

Von Marbach⁶² und Naegeli⁶³ wurde zur Verstärkung des zivilrechtlichen Schutzes der Kartellmitglieder und Aussenseiter vor monopolistischen Bindungen und Monopolkampfmassnahmen, der indirekt die Konsumenten vor schädlichen monopolistischen Auswirkungen bewahren soll, die Einräumung eines zivilprozessualen Klagerechts an die Verwaltung, an einen «wirtschaftlichen Staatsanwalt» vorgeschlagen: diese Regelung würde dem Verfahren entsprechen, nach dem das amerikanische Antimonopolrecht gehandhabt wird⁶⁴. Für ein antimonopolistisches, zivilprozessuales Klagerecht der Verwaltung gilt noch in vermehrtem Masse als für ein Verbandsklagerecht, dass es nur für die Geltendmachung besonderer, verfassungsmässig allein auf Grund der Kartellbestimmung zulässiger wirtschaftspolitischer Zivilrechtsvorschriften, welche die Kartellmitglieder und Aussenseiter nur im Sinne eines Mittels zum Zweck schützen, in Frage kommt⁶⁵. Hinsichtlich der Wirkung eines solchen Klagerechts eines wirtschaftlichen Staatsanwaltes muss beachtet werden, dass sich verglichen mit einer rein zivilrechtlichen Regelung materiell an den Schranken für die privaten monopolistischen Zusammenschlüsse gar nichts ändern würde, indem die antimonopolistische staatliche Intervention ebenfalls nur in der Weise wirksam werden könnte, dass Unternehmer, welche die freie Konkurrenz aufrechterhalten oder wiederherstellen wollen, gegenüber Ansprüchen aus Kartellvereinbarungen und gegen Monopolkampfmassnahmen geschützt würden. Die Verstärkung des Schutzes vor monopolistischen Missbräuchen wäre nur formeller Art: sie würde darin bestehen, dass die Anwendung der gegen schädliche Auswirkungen von Kartellen und ähnlichen Organisationen gerichteten Vorschriften nicht mehr allein von der Bereitschaft privater Unternehmer

⁶¹ Böhm, Monopolkampf 53; Lang 57.

⁶² Marbach, Antimonopolistische Intervention 222, Anm. 1.

⁶³ Kartellproblem 241.

⁶⁴ Schneeberger; Trumpler.

⁶⁵ Vgl. oben S. 101/2.

zur Erhebung einer Klage oder zur Tragung des Prozessrisikos als Beklagte abhängen würde. Dem stünde aber der grosse Nachteil gegenüber, das nunmehr, da die Verfolgung schädlicher monopolistischer Praktiken von Amtes wegen zu erfolgen hat, ein grosser polizeilicher Kontrollapparat, wohl in Verbindung mit einem Kartellregister, aufgebaut werden müsste, der zudem, wenn er nicht zu einem Mammutgebilde ausarten soll, nie die lückenlose Erfassung aller schädlichen Kartelle und ähnlichen Organisationen garantieren könnte, so dass also die Klageerhebung durch einen antimonopolistischen Staatsanwalt von Amtes wegen bis zu einem gewissen Grade immer willkürlich bleiben müsste.

Wenn eine staatliche Behörde eine «zivilrechtliche» Klage zur Aufhebung des privatmonopolistischen Organisationszwanges erhebt, um damit einer für das Gesamtinteresse schädlichen Preisbildung zu begegnen, so übt sie damit im Grunde eine hoheitliche Funktion aus, und ihre Stellung als Zivilprozesspartei entspricht nicht den wirklichen Verhältnissen. Es handelt sich bei einem solchen Prozess, der von Amtes wegen angestrengt wird und bei dem wirtschaftspolitische, weniger dem Individual- als dem Gesamtinteresse dienende Bestimmungen zur Anwendung kommen, nicht um einen Zivilprozess, sondern um ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege, die von einem Zivilgericht ausgeübt wird. Eine solche Regelung ist aber widerspruchsvoll⁶⁶; wenn die Anwendung von wirtschaftspolitischen Vorschriften, welche gegen den Organisationszwang von Seiten schädlicher Kartelle und ähnlicher Organisationen gerichtet sind, schon zur Aufgabe der Verwaltung gemacht wird, so sollte als entsprechende gerichtliche Kontrolle die Verwaltungsgerichtsbarkeit, welche ja im Bunde bereits grundsätzlich eingeführt ist, vorgesehen werden⁶⁷. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit könnte eine ursprüngliche sein, womit für die Kartelle und ähnlichen Organisationen ein sehr starker Rechtsschutz geschaffen würde⁶⁸. Da aber die ursprüngliche Verwaltungs-

⁶⁶ Vgl. dazu Nef, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit 304 a.

⁶⁷ Dies zumindest dann, wenn die Verwaltung ohnehin über die Schädlichkeit von Kartellen und ähnlichen Organisationen urteilen muss, z. B. im Zusammenhang mit der Frage der Subventionierung von Aussenseitern. In diesem Fall soll der Zivilrichter schon mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit der Praxis auf das Urteil der für die wirtschaftspolitische Regelung des Kartellproblems zuständigen Amtsstelle, resp. des sie kontrollierenden Verwaltungsgerichts abstellen; vgl. Anm. 37.

⁶⁸ Eine solche Regelung wurde teilweise durch die deutsche Kartellverordnung getroffen, wobei es sich allerdings um ein Spezialverwaltungsgericht handelte; vgl. Liefmann, Anhang. — Die Einsetzung eines Spezialverwaltungsgerichtes ist abzulehnen; vgl. Nef, a.a.O., 332 a.

gerichtsbarkeit immer eine Ausnahme darstellen muss, weil sie die dem Gewaltenteilungsprinzip widersprechende, einseitige Unterstellung der Verwaltung unter die Justiz, ihre Justifizierung zur Folge hat⁶⁹, wäre wohl eher an die Gewährung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegenüber einem Kartellamt, das selbständig die Ungültigkeit von Kartellvereinbarungen und das Verbot von Monopolkampfmassnahmen verfügen würde, zu denken. Damit ergäbe sich, abgesehen von der dort nicht vorgesehenen Verwaltungsgerichtsbeschwerde, eine ähnliche Regelung, wie sie im Entwurf Gysin vorgesehen ist, wo es in Art. 18 I u. a. heisst, dass eine Verwaltungsstelle bestimmte Kampfmassnahmen verbieten, ein fristloses Kündigungsrecht für Kartellmitglieder anordnen und die Ungültigkeit von Kartellverträgen aussprechen könne. Das Verbot von Monopolkampfmassnahmen könnte mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen, mit einer Straf- und Beschlagnahmungsandrohung versehen werden; es würde sich dann, soweit der Boykott betroffen wird, um die Einführung eines teilweisen Kontrahierungszwangs handeln⁷⁰. Ein allgemeiner Kontrahierungszwang in dem Sinne, dass die Belieferung eines Aussenseiters auch nicht aus individuellen geschäftlichen Gründen verweigert werden darf, könnte auf Grund der Kartellbestimmung nicht eingeführt werden. In diesem Zusammenhang ist auch wieder an die bereits erwähnten, weiteren Möglichkeiten zu erinnern, im Interesse der Konsumenten öffentlich-rechtliche Vorschriften zum Schutze der Aussenseiter aufzustellen, an die Aussenseitersubventionen und die Gewährung von Steuererleichterungen für Aussenseiter.

⁶⁹ Fleiner/Giacometti 915.

⁷⁰ Nef, HGF 44.

Lebenslauf

Am 21. Juni 1927 wurde ich als Bürger von Mitlödi/GL und Bischofszell/TG in Zürich geboren. Nach Absolvierung der Primarschule trat ich in das Gymnasium der Kantonschule Zürich ein, wo ich im Herbst 1946 mit der Matura, Typus B, abschloss. Anschliessend immatrikulierte ich mich an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Herbst 1950 war ich als Substitut auf einem Advokaturbureau beschäftigt. Am 2. Mai 1953 bestand ich meine zweite mündliche Teilprüfung.

